4°
Jur Pract
210

TRACTATUS METHODICUS DE ACTIONIBUS FORENSIBUS,

Ad Utilitatem Diſcentium,
Juxta ordinem Pandectarum
adornatus
A

LAURENTIO ALBERTO
VERLOHNER,
J. U. Doctore, Sereniſſimi & Potentiſſimi Principis, &
Electoris Bavariæ Conſiliario, in Alma & Celeberrima Univerſitate Ingolſtadiana Pandectarum, & Feudorum Profeſſore Ordinario, & publico, ac p. t. Rectore.

Cum Facultate Superiorum.
INGOLSTADII,
Sumptibus Joannis Andreæ de la Haye Bibliopolæ Academici.

Typis Thomæ Graſs, Typographi Academici.
ANNO 1716.

MARIÆ

Cœli, Terræque Imperatrici,

Virgini ſine labe conceptæ,

MATRI
TER ADMIRABILI,

Bavariæ Protectrici,

Oettingæ veteri Miraculoſæ.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

AUGUSTISSIMA IMPERATRIX.

NOn dedignaberis, ut ſpero, Auguſtiſsima Cælorum Imperatrix! demiſſiſſimum *Tuum* Clientem Auguſtiſſimis *Tuis* pedibus demiſſiſſimè advolutum, & *Actiones* haſce ſuas offerentem in libello hoc, ſupplice magis, quàm (ut tantam Patronam deceret) Magnifico, qui præter ſterilium lucubrationum Anguſtias Auguſtum nihil admittit, quàm Auguſtiſſimæ Imperatricis & Patronæ Auguſtiſſimum Nomen *Tuum*, cui dicatus eſt: nam palpo ſim, niſi ipſus palpabiles in hoc eodem opuſculo tenebras non tam videam, quàm palpem; ſed nec propterea temeritatis notam incurriſſe mihi videor, quòd Auguſtam adeò Patronam tenui huic & obſcuræ chartæ elegerim, quippe quis unquam temeritati adſcripſit inter tenebras conſtituto, ſi Lucem

 à ſole

à Sole emendicavit: *Actiones* continet, ſedneque has temerè dicatas arbitror Patronæ, quam *Actionum* mearum ſemper ſcopum & habui, & habebo impoſterum. Libellus eſt, ut dixi, ſupplex, quo tuis pedibus adgeniculor, &, ut digneris, peto, mentis & *Actionum* mearum tenebras ita illuſtrare, ut à Te nunquam aberrem. Hæc omnia cùm ita ſe habeant, Temet ipſam appello Auguſtiſſima Imperatrix! Electa cùm ſis ut Sol, quò lucis indigus tendere debuiſſem, qui ſub Hemiſphærio Bavarico vivo? niſi Ortum verſus, volo dicere, Oettingam Veterem, è quâ, velut Aurora conſurgens, Bavariæ noſtræ quotidie Auguſtiore Syrmate & beneficentiſſimis Clementiæ *Tuæ* radiis exoreris, Bavariæ, inquam, noſtræ, quam, ſi florentiſſimum Romanæ & Avitæ pietatis vigorem ſpecto, hortum Eccleſiæ virentiſſimum non immerito dixero. Sed cujus favoribus ita viret hic hortus, niſi Clementiſſimis radiis *Tuis*, ô conſurgens Aurora ipſo Sole ſplendidior, & magìs electa! Sive enim eliminatos è Bavaria hæreticos Veſpertiliones, ſive Zizania vocem, *Tui* favores, ô Auguſtiſsima Aurora, periculoſiſſimas etiam inter tempeſtatum vices hortum hunc ab omni ejusmodi Zizanio & adulterina fruge hucusque ſemper immunem præſtitêre, fugatis procul ſponte cæcutientibus, & ſplendoris *Tui*, utpote Solis, impatientibus Heterodoxis hiſce Veſpertilionibus, plantatâ è contrario & inſertâ Boiorum animis

mis

mis eâ erga *Te* pietate & amore, ut, quotquot in Bavaria ſubditos, tot in hoc horto Heliotropia numerare ſit, quæ omnia Oettingam Veterem velut ortum, & ibidem *Te* Solem reſpiciunt. Quod id ipſum vel me tacente toti orbi ſatis loquuntur Regalia Ducum Bavariæ munera & Anathemata, quibus palam facere voluiſſe interpretor, Oettingæ Veteri & magnificentiùs & veriùs nunc ſtare Solis illam Regiam Domum, quam fabuloſa Poetarum Antiquitas in, neſcio quo, Concavo olim ſomniavit. Nam hæc Domus omnino Regia eſt *clara micante auro*, & longè adhuc clarior eſſet, niſi Auguſtiſſimus ſplendor *Tuus* omnem auri & gemmarum fulgorem juberet Eclypſin pati: hæc Regia verè ſplendet *flammas imitante Pyropo*, & adhuc ſplenderet illuſtriùs, niſi ipſa Ducum & Principum Boiorum corda erum pentibus in apertum flammis, ardentiſſimi amoris *Sereniſſimis* teſtibus, ibidem affixa, & velut agglutinata ſuperarent omne, quo in gemmeis circumquaque & aureis anathematis vel natura artem, vel ars naturam ſuperâſſe videri poſſet; denique, miſſis ambagibus, hîc legere eſt, quod in fabuloſa illa Solis Regia ſcribendum fuiſſet potius, ſi extitiſſet, quàm quòd legendum ibidem fuerit: *quod vis, pete munus, & illud, me tribuente, feres*, id quod ſatìs iterum experti loquuntur non Boij modo *Tibi* ſemper devotiſſimi, verùm exteræ etiam remotiſsimæ nationes, illuc quotidie confluentes;

tes; ipsi loquuntur muti, quibus soluto fascino linguæ usum restituisti, audiunt surdi, loquuntur, quin imò clarissimè vident cæci, quibus aliam lucem intueri non dabatur, ut prima vice splendidior ipsis orireris Aurora consurgens, electa ut Sol in ortu! Quis itaque me temeritatis arguat, quòd hoc Opusculum, ut ut tenue & obscurum, *Tuis* honoribus & amoribus dicatum voluerim, quippe, obscurum cùm sit, Luce indiget, hanc verò unde potest, unde obtinebit clariorem, quàm ab ipso lucidissimo Sole? *Actiones* complectitur forenses, hæ quo dirigendæ fuissent, nisi ad Eam, quæ *Actiones* omnes, quidni ergo forenses quoque, dirigere solet? Libellus supplex est, cui offeratur, nisi, quæ potest, vult & ferre, & feret opem, Patronæ Clementissimæ. Non dedignaberis itaque, ut, unde orsus, inde finiam, *Actiones* & hasce forenses, & omnes meas, quæ non nisi *Te* respiciunt, non dedignaberis famulum tuum, cujus gloria summa est esse mancipium tuum.

Ita subscribit Clientum infimus.

Laurentius Albertus Verlohner.

APPROBATIO
THEOLOGICA.

TRactatus hic *Methodicus de Actionibus Forensibus, ad Discentium utilitatem juxta ordinem Pandectarum elaboratus*, non modò nihil continet, quod vel Orthodoxæ Fidei, vel Bonis Moribus adversetur; verùm etiam Materiam, quàm obscuràm aliàs & implicatam, tam utilem ac scitu dignam, ita dilucidat, explicátque, ut simul præcipuas, quæ circa eandem oriri possunt, controversias, secundum Legum, rectǽque rationis normam, non minùs solide ac eruditè, quàm acutè atque nervosè resolvat: dignissimus proinde est, ut post tot alias Prænobilis ac Magnifici Auctoris sui lucubrationes, ipse quoque præli beneficio in publicam lucem prodeat, ut hac ratione ad plurium manus ac notitiam perveniat, promoveátque, quam sibi propositam habet, Discentium utilitatem. Ita censeo

JOSEPHUS MAYR, Soc. JESU, SS. Theologiæ Doctor, & in Universitate Ingolstadiensi Professor Ordinarius, Facultatis Theologicæ p. t. Decanus.

APPROBATIO
JURIDICA.

TRactatus hic de Actionibus Forensibus, maximâ industriâ ex penitissimis Juris fundamentis accuratè, & nervosè elaboratus, sicut comprehendit Materiam in foro quotidianam, & in Scholis celeberrimam, ita ob utilitatem suam dignissimus est, ut lucem publicam aspiciat.

JOANNES PETRUS SCHILTENPERGER, J. U. D. Serenissimi Elect. Bavar. Consil. Rerum Criminal. Professor Ordinarius, & pro tempore Facultatis Juridicæ Decanus.

Præfatio.

OCtodecim, & quod excurrit, labitur annorum tempus, quô partem Actionum Forensium publicæ Disputationi destinaveram, sed, nescio quo, invidæ sortis ludibrio Illustris Dominus Propugnator, qui in litterariam arenam descendere proposuerat, repentè, nondum absolutis studijs domum revocatus, adeóque utriusque, tam Defendentis, quàm Præsidentis, prælo immortuum est votum; cúmque successu intermedij temporis occasio obtigerit alias Materias publicis Concertationibus parandi, complendíque ultimam Digestorum partem, quæ Lucubrationibus, à Clarissimo D. Widmont, præmaturà morte è vivis erepto, relictis deerat, prosecutio Materiæ de Actionibus intermissa est. Nunc verò Studiosæ Juventuti perutile fore arbitratus, si Materia hæc de Actionibus continuaretur, & in moderatum compendium, ex quo saltem substantialia Actionum facili methodo imbiberet, juxta ordinem Digestorum constringeretur, Tractatum hunc Methodicum edo; quemadmodum enim ille modus studendi facillimus mihi semper fuit visus, qui ordinatè præfixam sibi Materiam orditur, ita præcipuè in Studio Juridico, ubi ob fastuosam prolixitatis congeriem memoria facilè turbatur, tenendum id esse duxi. Multi sunt quidem, sicut fatendum, qui materiam Actionum Commentarijs illustrârunt, an verò multi hunc modum, háncque methodum imitati sint, ambigo; illud probè novi, fore, ut illi, qui me obliquis semper respiciunt oculis, mordaces confestim dentes in Tractatum hunc exerant, credo tamen, futuros etiam alios, qui maturius de eo ferent Judicium.

Anti-

ELENCHUS
Actionum in hoc Opere contentarum.

ACTIONES
Primæ Pandectarum partis.

Actio, quâ custoditur inveterata consuetudo. pag. 72.
Actio contra Violatores Constitutionum Principum. pag. 73.
Actio de Albo corrupto. pag. 74.
Actio ex Edicto, quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur. pag. 76.
Actio ex Edicto, si quis jus dicenti non obtemperaverit. pag. 80.
Actio ex Edicto de in jus vocando. pag. 82.
Actio ex Edicto, in jus vocati ut eant, aut satis, vel cautum dent. pag. 84.
Actio ex Edicto, ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat. pag. 84.
Actio condictitia Civilis ex cautione Judicio sisti. pag. 86.
Actio ex Edicto de eo, per quem factum erit, quò minùs quis in Judicio sistat. pag. 87.
Actio ex Edicto de Edendo. pag. 88.
Actio, quæ oritur ex pacto. pag. 91.
Actio, quæ datur occasione transactionis. pag. 94.
Actio negotiorum gestorum directa. pag. 95.
Actio negotiorum gestorum contraria. pag. 98.
Actio de Calumniatoribus. pag. 101.
Actio quod metûs causâ. pag. 104.
Actio de Dolo. pag. 108.
Actio, seu Officium Judicis, quò ex capite ætatis petitur restitutio in integrum. pag. 115.
Actio de capite minutis. pag. 123.
Actio Rescissoria. pag. 125.
Actio in factum de alienatione Judicij mutandi causâ factâ. pag. 129.
Actio ex Compromisso. pag. 132.
Actio ex Edicto Prætoris, Nautæ, Caupones, & stabularij ut recepta restituant. pag. 133.

ACTIONES
Ex Secundâ Pandectarum parte.

Actio Condictitia de Sportulis, & quæ datur adversus Executores litiū. pag. 139.
Actio, sive querela inofficiosi Testamenti. pag. 140.
Actio, seu Condictio ex Constitutione D. Pij. pag. 150.
Actio, seu querela inofficiosæ donationis. pag. 151.
Actio, seu querela inofficiosæ dotis. pag. 156.
Actio ad supplementum, seu Condictio ex *l. omni modo Cod. de inoffic. testam.* pag. 158.
Actio, quæ dicitur hæreditatis petitio. pag. 158.
Actio specialis in rem, seu rei vindicatio. pag. 169.
Actio Publiciana. pag. 176.
Actio Emphyteuticaria. pag. 183.
Actio Confessoria. pag. 186.
Actio Negatoria. pag. 189.

Actio de pastu pecoris, & de pauperie. pag. 193.
Actio Legis Aquiliæ. pag. 197.
Actio ex Edicto de his, qui effud. vel dejec. pag. 203.
Actio de deposito vel suspenso nuncupata. pag. 206.
Actio Noxalis. pag. 207.
Actio finium regundorum. pag. 210.
Actio familiæ herciscundæ. pag. 215.
Actio Communi dividundo. pag. 220.
Actio ad Exhibendum. pag. 223.
Actio Interrogatoria. pag. 225.
Actio de servo corrupto. pag. 227.
Actio de Aleatoribus. pag. 229.
Actio ex Edicto, si Mensor falsum modum dixerit. pag. 233.
Actio in factum de Religiosis & sumptibus funerum. pag. 234.
Actio Funeraria. pag. 237.

ACTIONES
Tertiæ parti Pandectarum.

Actio, seu Condictio certi ex Mutuo. pag. 241.
Actio, sive Querela non numeratæ pecuniæ. pag. 245.
Actio, sive Condictio ex *l. si me & Titium 32. ff. de Reb. credit.* pag. 248.
Actio in factũ de Jurejurando. pag. 249.
Actio, seu Condictio causâ dati, causâ non secutâ. pag. 253.
Actio, seu Condictio ob turpem, vel injustam causam. pag. 257.
Actio, seu Condictio indebiti. pag. 261.
Actio, seu Condictio sine causâ. pag. 268.
Actio, seu Condictio furtiva. pag. 270.
Actio, seu Condictio ex Lege. pag. 277.
Actio Triticaria. pag. 278.
Actio, de eo, quod certô locô dari oportet. pag. 280.
Actio de constitutâ pecuniâ. pag. 284.
Actio Commodati directa. pag. 288.
Actio Commodati contraria. pag. 290.
Actio Pignoratitia directa. pag. 293.
Actio Pignoratitia contraria. pag. 296.
Actio Exercitoria. pag. 298.
Actio, sive Remedium legis Rhodiæ de jactu. pag. 301.
Actio Institoria. pag. 305.
Actio Tributoria. pag. 308.
Actio de peculio. pag. 311.
Actio de in rem verso. pag. 314.
Actio quod jussu. pag. 316.
Actio Institutoria, & Restitutoria, ex SCto Vellejano descendentes. pag. 318.
Actio Depositi directa. pag. 320.
Actio Depositi contraria. pag. 325.
Actio Mandati directa. pag. 326.
Actio Mandati contraria. pag. 330.
Actio pro Socio. pag. 332.
Actio Empti. pag. 335.
Actio Venditi. pag. 339.
Actio Conducti. pag. 341.
Actio Locati. pag. 345.
Actio Oneris aversi, ex *l. in navem Saufeii 31. ff. locat.* pag. 348.
Actio, seu Condictio ex *l. Conductores 33. Cod. de locat. & conduct.* pag. 349.
Actio præscriptis verbis. pag. 350.
Actio in factum in genere. pag. 352.
Actio in factum specialis. pag. 366.

ACTIONES
Ex Quartâ Pandectarum parte.

Actio Hypothecaria, seu Serviana. pag. 368.
Actio quasi Serviana. pag. 372.
Actio in factum pro Jure Antichreseos. pag. 376.
Actio ex Empto Prætoria Redhibitoria. pag. 378.
Actio Quanti minoris, seu Æstimatoria. pag. 383.

Actio

Actio de Evictione. pag. 385.
Actio deserti testimonii. pag. 390.
Actio ex stipulatu pro dote petenda. pag. 391.
Actio ex stipulatu pro dote repetenda. pag. 395.
Actio rerum amotarum. pag. 405.
Actio in factum ex Edicto, si ventris nomine muliere in possessionem missâ, eadē possessio dolô, &c. pag. 408.
Actio ex Edicto, si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causâ, &c. pag. 409.
Actio de suspecto Tutore. pag. 410.
Actio Tutelæ directa. pag. 413.
Actio Tutelæ contraria. pag. 416.
Actio de rationibus distrahendis. pag. 418.
Actio Protutelæ directa & contraria. pag. 421.
Actio ex Edicto, quod falso Tutore Auctore &c. pag. 423.
Actio in factum subsidiaria, competens pupillis & minoribus contra Magistratum. pag. 425.

ACTIONES
Quintæ partis Pandectarum.

Actio ex Edicto, si quis omissâ causâ testamenti, ab intestato &c. pag. 428.
Actio Edicti ex SCto Syllaniano & Claudiano. pag. 430.
Actio Personalis ex testamento. pag. 431.
Actio ex Stipulatu de restituendo eo, quod ex hæreditate superfuerit. pag. 435.

ACTIONES
Sextæ Pandectarum partis.

Actio Faviana. pag. 438.
Actio Calvisiana. pag. 439.
Actio in factum de novi operis nunciatione. pag. 440.
Actio in factum adversùs non caventes de damno infecto, aut immissionem non admittentes. pag. 441.
Actio de aquâ & aquâ pluviâ arcendâ. pag. 443.
Actio ex Edicto contra Publicanos. pag. 446.
Actio ad exigendam donationem. pag. 447.
Actio ad revocandam donationem. pag. 448.
Actio Præjudicialis in genere. pag. 451.
Actio præjudicialis, quæ dicitur liberalis causæ. pag. 456.
Actio præjudicialis de ingenuitate. pag. 459.
Actio præjudicialis de partu agnoscendo. pag 460.
Actio rei judicatæ. pag. 462.
Actio de Confesso. pag. 464.
Actio, sive Officium Judicis, quô petitur separatio bonorum. pag. 466.
Actio Pauliana. pag. 473.
Actio in factum ex Interdicto quorum bonorum. pag. 482.
Actio, sive remedium ex *l. fin. Cod. de Edict. D. Adriani tollend.* pag. 486.
Actio ex Interdicto quorum legatorum. pag. 491.
Actio ex Interdicto, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. pag. 496.
Actio ex Interdicto de tabulis exhibendis. pag. 498.
Actio ex Interdicto, ne quid in locô sacrô fiat. pag. 502.
Actio ex Interdicto de locis & itineribus publicis. pag. 503.
Actio ex Interdicto de locô publicô fruendô. pag. 508.
Actio ex Interdicto de viâ publicâ & si quid in ea factum esse dicatur. pag. 509.

Actio

Actio ex Interdicto de fluminibus publicis, & ne quid in flumine publico &c. pag. 511.
Actio ex interdicto, ne quid in flumine publico fiat, quò aliter aqua fluat. &c. pag. 514.
Actio ex Interdicto de ripâ muniendâ. pag. 516.
Actio ex Interdicto unde vi. pag. 517.
Actio ex *l. ex/t. 13. ff quod met. caus.* pag. 525.
Actio, sive remedium ex *Can. redintegranda caus. 3. quæst 1.* pag. 528.
Actio ex Interdicto uti possidetis. pag. 530.
Actio ex Interdicto de itinere, actúque privato. pag. 533.
Actio ex Interdicto de aquâ quotidianâ & æstivâ. pag. 535.
Actio ex Interdicto de Rivis, pag. 537.
Actio ex Interdicto de fonte. pag. 538.
Actio ex Interdicto de Cloacis. pag. 539.
Actio ex Interdicto quod vi aut clàm. pag. 540.
Actio ex Interdicto de precario. pag. 542.
Actio ex Interdicto de arboribus cædendis, & glande legendâ. pag. 547.
Actio ex Interdicto de libero homine exhibendo. pag. 549.
Actio ex Interdicto de liberis exhibendis. pag. 551.
Actio ex Interdicto de Utrubi. pag. 553.
Actio ex Interdicto de migrando, pag. 554.
Actio ex Interdicto Salvianô. pag. 556.

ACTIONES
Ex postremâ Pandectarum parte.

Actio ex Stipulatu, pag. 560.
Actio furti. pag. 595.
Actio de tigno juncto, pag. 610.
Actio ex Edicto si is, qui testamento liber esse jussus erit, post mortem Domini &c. pag. 615.
Actio furti adversùs Nautas, Caupones, stabularios. pag. 616
Actio ex Edicto, si familia furtum fecisse dicetur. pag. 618.
Actio arborum furtim cæsarum. pag. 620.
Actio vi bonorum raptorum. pag. 623.
Actio furti de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnatâ. pag. 629.
Actio Injuriarum. pag. 631.
Actio Recantatoria, sive reclamatoria ad Palinodiam. pag. 643.
Actio de Sepulchro violato, pag. 651.
Actio, sive Judicium de Concussione. pag. 656.
Actio contra Abigeos. pag. 657.
Actio, seu Judicium contra Prævaricatores. pag. 660.
Actio, sive Judiciū contra Receptatores. pag. 663.
Actio, seu Judiciū de furibus balnearijs. pag. 666.
Actio, sive Judicium contra Effractores & Expilatores. pag. 667.
Actio contra Expilatores hæreditatis. pag. 669.
Actio, sive Judicium de Crimine Stellionatûs. pag. 672.
Actio contra terminorum motores. pag. 677.
Actio, sive Judicium contra instaurantes Collegia illicita, Expositores infantiū. &c. pag. 680.
Actio popularis, ejúsque diversa genera. pag. 683.
Actio, sive Judicium Legis Juliæ Majestatis. pag. 688.
Actio, sive Judicium Legis Juliæ de Adulterijs coercendis. pag. 702.
Actio, sive Judicium Legis Juliæ de vi publicâ. pag. 714.
Actio, sive Judicium Legis Juliæ de vi privatâ. pag. 717.
Actio, sive Judicium Legis Corneliæ de Sicarijs & Veneficis. pag. 718.
Actio, sive Judicium Legis Pompejæ de Parricidis. pag. 733.
Actio, seu Judicium Legis Corneliæ de falsis. pag. 737.
Actio, sive Judicium Legis Juliæ Repetundarum. pag. 742.
Actio, sive Judicium defraudatæ Annonæ. pag. 746.
Actio, sive Judicium Legis Juliæ Peculatûs, & de sacrilegis, & residuis. pag. 747.
Actio, sive Judicium Legis Juliæ Ambitûs. pag. 751.
Actio, sive Judicium Legis Fabiæ de Plagiarijs, pag. 753.
Actio, sive Judicium SCti Turpilliani, & de Abolitionibus Criminum. pag. 754.
Actio, sive modus procedendi contra reos absentes. pag. 759.
Actio, Judicium, sive modus de criminibus eruendis. pag. 761.
Actio, sive Remedium contra Judices malè judicantes, vel Officiales malè administrantes præstitutum. pag. 772.

Anti-

ANtiquarum Legum ac tractationum vestigijs inhærens, ac, ne illotis, quod ajunt, manibus contra monitum ICti Caij in *L. 1. ff. de orig. jur.* præsentis materiæ prosecutionem aggrediar, præliminares quasdam observationes, quæ proposito meo deservire possunt, præmittere lubuit de nomine, notatione, ac divisionibus actionis, ut exinde distinctius hæc tractatio à reliquis materijs patescat.

OBSERVATIO I.

De notatione & definitione Actionis.

SUMMARIUM.

1. *Quid veniat nomine Actionis?*
2. *Quid sit agere in usu juris?*
3. *Ratio nominis à Theophilo data rejicitur.*
4. *Actio in sensu Juridico accepta varie prædicatur.*
5. *Definitio Actionis.*
6. *Quid significet vocabulum* jus *in definitione positum.*
7. *Quid vocabulum* persequendi.
8. *Quid vocabulum* judicio.
9. *Quænam olim in judicio vel in jure fieri dicebantur.*
10. *Quid vocabulum* debetur.
11. *An accusatio criminalis sub definitione Actionis contineatur?*
12. *An Actiones populares?*
13. *Quid sit officium judicis?*
14. *Quænam ad officium judicis Nobile pertineant.*
15. *An ad officium judicis Nobile requiratur litis contestatio.*
16. *In quo consistat Officium Judicis Mercenarium.*
17. *Differentia inter Officium Judicis & Actionem.*
18. *Quo jure actiones introductæ sint?*
19. *Resolvuntur quædam contraria.*

1 NOmen Actionis variè pro vario objecto accipi, ac latissimè diffundi non minùs ex recepto loquendi modo, ac omnibus diversarum Scientiarum Scriptoribus liquidissimè constat. In genere enim denotat quemvis actum hominis seu operationem viventis, passioni ejus oppositum, unde illa aut mala aut bona in genere morum esse potest, eatenus etiam oratorum & Histrionum atque fabrorum Actiones dicimus: in quo sensu usurpatæ, haud inconcinnè Actiones facti, effectu juris carentes, appellari possunt, juxta ea, quæ post Manz. in *tract. de Act. in princip. sub n. 7.* indigitat Schamb. *eodem.* De varijs hujus vocabuli significationibus videatur Gomez in *prin. Inst. de act. n. 7.*

2 Ego has significationes grammaticaliter, seu saltem physicè usurpatas, ad usum forensem & quatenùs important remedia juris restringo, ita, ut tunc agere dicatur, quando aliquis coram judice seu Magistratu convenitur; vel quia rem alienam detinet, vel quia ad aliquid dandum, aut faciendum obligatus est, talémque rem restituere, aut obligationi obtemperare recusat: atque ita auctoritate publica ad restitutionem, vel obligationi contractæ satisfaciendum compellitur: propterea Actiones in usu forensi usurpatæ potissimum sunt, Jurisdictionis contentiosæ, saltem ex parte rei & non incommodè actiones juris, seu cum effectu juris appellari possunt per tradita Vult. *Inst. de act. in princ. n. 6. & 7.*

Rationem autem hujus nominis à Theophilo, græco Interprete passim citato datam, quòd nimirum agere idem sit ac propellere, aut invitum in judicium trahere, juxta antiquum morem (quemadmodum vulgò creditur per textus *in L. 5. §. 1. ff. qui satisd. cog. & L. 21. ff. de in jus vocando*) quo si quis in jus, seu judicium vocatus non ivisset, obtorto collo illuc trahi & raptari poterat, non amplectimur; 3
nec enim Veteres unquam hoc vocabulo *agere* in eo sensu usos esse mihi facilè persuadeo, cùm non dicatur agere aliquem, sed potiùs agere cum aliquo judicio vel interdicto, aut aliâ determinatâ actione, per notata Arnoldi Vinnij *Inst. de act. in princ. n. 5. in fine* ac proinde cum Hug. Donello *in suo Comment. de action. in princ. n. 4.* teneo agere hoc loco & ad sensum juridicum, seu forensem restricto, non esse aliud, quàm cum aliquo de re quadam tractare seu petere, & contendere, ut ille, cum quo agitur, quid præstet aut faciat.

Ubi tamen denuo advertendum, non semper eundem hujus vocis juridicè acceptæ usum esse: sed subinde latiùs, subinde pressiùs usurpari; constat enim aliàs prædicari de quavis lite, & causa sive ea civilis, sive criminalis sit, quemadmodum demonstrant textus in *L. unica cod. quando civilis actio & L. penult. ff. si noxali causa agatur L. 1. ff. de crimine stellionatus* 4

tus L. 8. ff. de accusat. Aliàs verbum *agere* denotat Judicium *L. 1. §. 1. ff. familiæ hercis. L. litis 36. ff. de V. S.* ſubinde etiam conventionem *L. 7. §. 5. Cod. de præſcrip. 30. vel 40. ann.* Interdum comprehendit omnia judicia tam ordinaria, quàm extraordinaria, prætoria æquè ac civilia, ſicut perſecutiones, interdicta, ſtipulationes, prætorias, damni infecti, legatorum, quæ vice actionis perfunguntur per textum litteralem in *L. 37. ff. de oblig. & act. L. 34. & L. 178. §. 2. ff. de v. ſign.* Interdum denique accipitur ſtrictiſſimè, quatenus nimirum opponitur petitioni, adeoque tantummodo denotat actionem perſonalem, *L. 28. ff. de oblig. & act.* & dicta *L. 178. §. 2. ff. de verb. ſign.*

5 His igitur pro uberiori intellectu notationibus præmiſſis, definitur actio, quòd ſit *jus perſequendi in judicio quod ſibi debetur*, text. *in princip. Inſt. de action. L. 51. ff. de oblig. & action.* & quamvis in definitionis ſolennia non adeò ICtis quemadmodum Philoſophis inquirere conſuetum ſit, arg. *L. omnis definitio ff. de reg. juris*, ne tamen nuda verba profudiſſe videaar, ſingula vocabula prævio examine percurram.

6 Et quidem vox *jus* ponitur locô generis definitioni deſervientis, quod nihil eſt aliud, quàm facultas ſeu poteſtas à jure tributa, non ſecus ac in definitione itineris, viæ, uſusfructus &c. Donellus *dict. loc. n. 7.* rectéque dicitur facultas, cùm in arbitrio agentis ſit, utrum litem movere velit, necne Mynſing. *in princip. inſt. de action. n. 3.* Harprecht *eod. n. 11.* de quo vocabulô vide latiùs diſſerentem Donellum *cit. loc. uſque ad num. 6.*

Secundô locô ponitur vox *perſequendi.* Perſequi autem ſignificat rem ad extremum ſequi, aut eò uſque, donec rem aſſequamur, vel ſaltem certum nobis ſit, eam amplius aſſequi non poſſe Donell. *dic. loc. n. 7.* ubi tamen pariter adverte, vocabulum *perſequi*, & generaliter accipi, in quantùm videlicet omnes in univerſum apud Judicem inſtitutas poſtulationes, tam ordinarias quam extraordinarias, in ſe conſtringit; & ſtrictè quatenus ſolùm actiones extraordinarias ſeu quæ nullum juris ordinem ſibi vendicant, complectitur, textus eſt diſtinguens in *L. 178. §. 2. ff. de verb. ſign.* quemadmodum priùs de his ſignificationibus annotatum fuit. In hac verò definitione vox *perſequendi* latè & in ſenſu quaſi mediô inter latiſſimam & ſtrictiſſimam ſignificationem accipitur, pro ut communiter *DD.* tradunt. videatur. Vinn. *in princ. inst. de action. n. 6.* Donell. *eod. n. 7.* Manz, Lauterbach *diſput. de tranſitione actionum theſ. 2.* 7

8 Tertiò additur *in judicio*, quô vocabulô nihil aliud demonſtratur, quàm legitima de re controverſa apud Judicem tractatio. Unde, ſicut verbum *perſequendi*, ita verbum *in judicio* differentiæ officio perfunguntur. Ratio autem,

cur actio coram Magiſtratu ſeu judicio inſtitui debeat, eſt; quòd nemini liceat, propria auctoritate rem debitam, aut etiam propriam occupare, aut ſibimet jus ſuper illa moderari *tot. tit. C. ne quis in ſua cauſa L. 13. ff. quod met. cauſa*, paucis tamen exceptis, quos communiter tradunt D.D. caſibus, 1.mò quando neceſſaria corporis defenſio, & illatæ violentiæ repulſio occurrit, *L. 3. ff. de juſt. & jur. L. 4. §. 1. ff. ad L. Aquil.* aut 2. ſi quis perſonas perpetuâ ſubjectione obſtrictas habeat, quemadmodum pater filium, Prælatus Monachum, maritus uxorem, tales enim absque imploratione judiciali memoratas perſonas apprehendendi legitimam ſortiuntur auctoritatem, niſi ipſa ſubjectio fortè in controverſiam deducatur. 3. ſi creditor debitorem pertimeſcat fugientem, rèſque ſuas ſecum aſportantem, quem à creditore propriô arbitriô capi detinerique poſſe, ſtatuunt per *L. 10. §. 16. ff. quæ in fraud. credit.* 4. transfugæ, quocunque deprehenduntur locô, quaſi hoſtes etiam privatim tractari ac occidi poſſunt. 5. prædo de poſſeſſione rei immobilis, quam injuſtè occupaverat, in flagranti poteſt dejici. *L. 3. §. 9. ff. de vi & vi armat.* 6. pater adulterantem cum filia ex ratione politica, quin Legi Corneliæ de Sicar. ſubjiciatur, occidere poteſt. *L. 20. ff. ad L. Jul. de adult.*

9 De verbo *in judicio* ulteriùs nota, quòd de jure antiquo aliud fuerit judicio quid fieri, aliud in jure, Prius erat poſt litis conteſtationem coram judice pedaneo, ſolùm cauſæ cognitionem habente, agere: poſteriùs coram obtinente ipſam juriſdictionem ſeu coram Prætore, & quidem ante litis conteſtationem circa illa, quæ in præparatorijs judicij peraguntur, qualia ſunt cautiones damni infecti, legatorum, & alia, quæ ſunt extraordinariæ cognitionis. Hæc tamen diſtinctio abolito veteri procedendi ritu, vix ampliùs obtinet, per tenorem *L. 2. cod. de ped. jud.*

10 Ultima verba in definitione poſita, *quòd ſibi debetur*, & præſertim vocabulum *ſibi* etiam definitionem ulterius dilucidant; ſicut enim alteri ſtipulari aut actionem quærere, haud licèt: ita nec actionem loco alterius movere. Verbum autem *debere*, ſi illud in ſuo genuino ſenſu acceptetur, ſolummodo importat actionem perſonalem; quoniam in actione reali nullum reperitur debitum, utpote ex ſola obligatione promanans. Hôc locô tamen omnem actionem definiri certum eſt, tam realem quam perſonalem; cùm actio in genere definiatur: & actio realis vera actionis ſpecies ſit; aliàs enim ſubſequens diviſio in actionem perſonalem & realem omnino abſurda foret, per ea quæ tradit Schneidew. *in princip. Inſt. de Action. n. 18. &* Harprecht *n. 44.* propterea vox *debetur* largo modo, & in ſenſu à propria ſignificatione exorbitante, ſumenda eſt, ut utramque, & realem & perſonalem, comprehendat actionem,

nem, instar vocabuli *persequendi*, quod & persecutionem & petitionem includit *L. 28. ff. de oblig. & act. & L. 178. §. 3. ff. de V. S.* ubi dicitur *Verbum debuit omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis sive honoraria sive fideicommissi fuit persecutio.* Videatur Mynsing. *ad Inst. in princ. de act.* cum quo ad longum probat Donell. *eod. n. 10.* Ex quibus apertissimè patet, tametsi actionis nomine generaliter accepto, non minùs petitio, ac ipsa etiam persecutio contineatur, juxta dictam *L. 178. ff. eod loc.* in quo sensu etiam hoc vocabulum actionis Justinianus usurpat, Docendi tamen gratiâ clariorem esse addendam distinctionem, ut actio in stricto sensu accepta solum actionem personalem, petitio realem, persecutio extraordinarium remedium, denotet, Donell. *in cit loc. n. ultimo.* Unde dubium oritur primò.

11 An accusatio criminalis nomine actionis venia. Ratio dubitandi in eo ùt plurimum residet, quòd nomine actionis latissimè usurpato, omnes apud Judicem postulationes inclusæ intelligantur, *per jura superiùs allata.* Ego tamen accusationem criminalem non aliter, quàm abusivè actionibus accenseo; Cum, quia *tituli de actionibus, & accusationibus*, sunt distincti, tum etiam, quia accusatio solùm persequitur vindictam criminis: quæ ad utilitatem publicam reducitur, per *L. locatio §. quod illicite ff. de publican. & commiss.* atque ideò vix, ac ne vix quidem dici potest, accusationem id persequi, quod sibi debetur.

Dubium occurrit secundò, an a- 12
ctiones populares intra hujus definitionis limites constringantur. Cujus dubij ratio est pariter, quòd per has actiones neutiquam persequatur, quod agenti debetur, aut privatum quoddam interesse, sed absolutè jus populi vindicatur; summus enim & præcipuus populariũ actionum finis est, ut metu, & terrore pœnæ, publicæ utilitati, securitatique consulatur, *L. 1. §. 1. ff. de his qui dejec. vel effud.* His tamen non obstantibus arbitror rectè actiones Populares non minùs, ac alias hic definiri; tametsi enim finis unicus illarum sit, vindicatio publicorum jurium, persecutio tamen pœnæ, seu id, quod per has Actiones petitur, privato actori conceditur, ita ut illi, qui occupando, contestandóque litem, agere incipit, pecunia adjudicetur, textus est huc deserviens in *L. 5. § 5. ff. dict. loc* Cui tamen ulteriùs obstare videtur *L. penult. §. 1. ff. de Popular. act.* ubi ille, qui actionem Popularem habet, non intelligitur esse locupletior, adeóque pecunia seu pœna, quæ per actiones Populares petitur, neutiquam ad agentem pertinebit. Hæc tamen Ratio ex dict. *L. penult.* adeò momentosa non est, ut me in contrarium dimoveat; tametsi enim pro eo tempore, quo adhuc litem non est contestatus. locupletior intelligi nequeat, cúm nondum sit litis, aut instantiæ dominus, occupatâ tamen,

& conteſtata lite locupletior dici, & æſtimari poteſt, *L. 12. ff. de V. S.* & per ea quæ poſt Brunnem. *ad dic. L. penult.* prolixius tradit Donell. *cit. loc. n.* 12. Ratio illorum eſt; quòd ante litis conteſtationem tales Actiones, in bonis eſſe non cenſeantur quoniam multa accidere poſſunt, quominùs litis conteſtatio fiat: ad hæredes autem nullatenus tranſeunt; cùm, ſicut non vivo, ita minùs ejus hæredi proſunt, & ideò ante litis conteſtationem quaſi pro nullis habentur. arg. *L. 28. ff. de injur. & famos. libell.*

13 Dubium eſt tertiò in Officio Judicis, an illud ſub nomine Actionis comprehendatur? Ad cujus faciliorem reſolutionem quædam præmittenda ſunt: & quidem primò ſciendum eſt, Officium Judicis aliud vulgò dici Nobile, ſeu officium jus dicentis, aliud Mercenarium, Quæ diviſio variè à varijs exponitur. Si tamen reflexio fiat ad Jus antiquum, facilè enodatur: de quo jure Prætor aliqua faciebat ut Prætor, quæ alij conficienda committere non poterat: & hæc ordinariè pertinebant ad Officium Judicis Nobile, §. *1. Inſtit. de divis ſtipul.* ea propter Officium judicis Nobile per ſe abſque alio adminiculo ſtare poteſt. Si autem Judex ipſe à Prætote datus cauſam cognoſcebat, & juxta normam propoſitæ Actionis procedebat, ad Officium judicis Mercenarium ſpectabat: Dicitúrque ideò Mercenarium, quòd ſimpliciter Actioni inſtitutæ deſerviat, & per ſe ſtare haud poſſit.

Unde etiam hodie ad Officium judicis Nobile pertinent. Primò pupillos, & minores imbecilli ætate læſos, in integrum reſtituere *L. 1. §. 1. ff. de Minorib.* Secundò, bonorum poſſeſſionem dare. Tertiò, in poſſeſſionem mittete. Quartò, pupillis, tutore carentibus, tutorem dare, *L. 1. ff. de jurisdict.* Quintò Sententiam Judicis à ſe dati executioni mandare, *L. 15. ff. de re judicata.* Sextò mulctam refractarijs indicere, aut ab illis pignora capere, *L. 1. ff. Si quis jus dicenti non obtemp.* Hæc, & ſimilia plura etiam hodie ſæpiſſime fiunt absque ſingulari ſtrepitu, & ordine judiciali, & de plano ad ſolius actoris ſupplicationem: quemadmodũ ſunt mandata pœnalia ſuper aliquo facto, in grave præjudicium, & damnum irreparabile actoris cadente, adjectâ tamen clauſulâ, ut ſi ſe gravatum putet, & exceptiones ſuas proponat; talia enim mandata exinde in ſimplicem reſolvuntur citationem, quò non minùs pertinent quæ magis gratiam, quàm controverſiam redolent; ſicut imploratio officij Judicis, ad reſtituenda natalia, famam, vel aliam functionem: in quo ſenſu totus deſervit *titulus Cod. de Pre Imp. off.* hæc namque omnia pertinent ad Officium Judicis Nobile; quoniam illa olim antequam Actionum formulæ adinventæ eſſent, à Regibus ipſis manu expediebantur, *L. 2. in princ. ff. de Orig. iur.* 14

Objicies contra modo deducta: ſi implorato judicis Officio Nobili absque ordine, & ſtrepitu judiciali pro- 15

procedditur, nec litis contestatio deposcetur: quod tamen est contra apertam constitutionem *cap. judicis ext. de Offic. judicis.* Respondeo resolutionem esse in allegato *cap.* inclusam, verba enim textus sunt, *Judicis officium ubicumque pro actione proponitur velut, cùm restitutio in integrum postulatur, litis contestationem deposcit &c.* ergo vel judicis Officium imploratur adversus certum adversarium, & necessaria est litis contestatio; cùm actionis officio perfungatur. Aut imploratio hæc fit nullo existente adversario; & tunc ex defectu compartis per se patet, litis contestatione haud opus esse, quod post Oldendorp. innuit Schamb. *in princip. Instit. de Action.*

16 Officium judicis Mercenarium esse dixi, quod Actioni deservit, & per se stare non potest; si enim Actio proposita cessat, ipsum quoque officium judicis Mercenarium cessat, *L. Ædiles. §. 8. ff. de Ædilit. edict.* Famulatur autem hoc officium Actioni propositæ; primò, in decernendis citationibus, dandis, moderandisque dilationibus, *L. 7. ff. de Ferijs & dilat.* Secundò, in jubendo cavere stipulatione judiciali, *§. 1. Instit. de Divis stipulat.* Tertiò, in causa cognoscenda, & juxta ejus merita pronuntiando, *L. de qua re ff. de Judicijs:* causâ autem definitâ, & latâ semel sententiâ cessant partes Judicis, & Officium Mercenarium: atque succedit Magistratus seu Officium Judicis Nobile *L. 55. ff. de Re judic.* plura de hoc Officio disserentem vide Oldendorp. *in Præfat. in verbo Officium judicis.*

His igitur succinctè præmissis, ad dubium prius propositum respondeo, quamquam Officium Judicis Nobile largo, & improprio modo sub nomine Actionis contineatur, *L. Actionis verbo & ibi Gloss. ff. de V. S.* re ipsa tamen longo discrimine separantur; Actio enim datur parti contra partem, ex debito, & obligatione per pactum seu contractum, vel delictum enata, Officium vero Judicis Nobile nullam talem obligationem præsupponit, *L. qui per collusionem §. 1. ff. de Act. empti.* petuntur enim per Officium Judicis Nobile illa, quæ solummodo ex Jure Naturali, seu honestate adeóque nobis impropriè debentur. Judex tamen ex misericordia, & singulari æquitate facere potest, ut res petita parti imploranti adjudicetur. Quod si à Judice temere denegaretur parti, petenti in juria irrogaretur, Jason *in princ. Instit. de Act. n. 65.* Secundò, differt Officium Judicis ab Actione; quòd in hac semper procedatur cum judicij figura, & ordine recepto: in illo autem tantummodo summatim, & extra ordinem; quoniam tales postulationes non ex Juris ordine profluunt, sed ex æquitate, & privilegio proponuntur Wesenbec. ad *ff. de Extraord. cognit. n. 2.* Tertia est differentia; quòd in his, quæ jure Actionis 17

nis

nis solent peti, etiam per solam extrajudicialem interpellationem mora fiat, *L. 32. ff. de Usur. & L. 23. ff. de V. O.* Secus est in illis, quæ petuntur Officio Judicis: in quibus per interpellationem extrajudicialem nemo in mora constituitur, *L. 44. ff. de damn. infect. & ibid.* Brunnem. Berlich. *Decis. 156. n. 16.* & Ratio hujus à Jasone *citato loco n. 64.* datur; quod in Officio Judicis nulla sit propriè dicta obligatio, & consequenter nec petitio. Ubi autem nulla est petitio, ibi quoque nulla pronascitur mora, *L. si pupillus 127. de V. O.*

18 Prælibatis his differentijs, aliísque præliminaribus quæstionibus, pro Coronide primæ observationis haud abs re mihi visum est, annectere, quo jure Actiones introductæ sint? An Jure Gentium aut Civili? Communis quidem hoc in passu est Sententia, omnes Actiones Jure Civili esse introductas. Fundamentum est primò in *L. 2. §. deinde ff. de Orig. jur.* ubi ait Pomponius *actiones ex LL. 12. tab. productas, atque concinnatas esse.* Secundo; quod Actiones passim Civiles appellentur, & obligatio naturalis nullam producat actionem. Tertiò quòd deportati, qui tamen ea, quæ sunt Juris Gentium retinent, agere non possint. His tamen non attentis promptè tenemus Actiones, non Jure Civili, sed Gentium adinventas: atque Jure Civili solummodo reformatas, solenniorémque formam eis adjectam esse; quoniam vix mihi persuadere possum, tanto tempore, ante inventionem, & introductionem Juris Civilis præcipuè tempore Regum nullum fuisse jus agendi, aut petendi. Tametsi autem omnia manu Regum agerentur, petitionem tamen, seu implorationem necessariam fuisse credo.

Ea propter ait textus in allegata, 19 *L. 2. §. 6. ff. de Orig. jur.* Actiones esse compositas, non inventas, cùm ante *L. L. 12. tab.* certa agendi series præscripta non esset, sed cuilibet ruditer, & pro suo arbitrio agere liceret. Tandem certa forma à Jure Civili inventa, super inductâque est, per verba textus *certas solennesque esse voluerunt.* Ex quo liquet; textum solùm loqui de forma quadam accidentali: non de ipsa recenti inventione. Secunda ratio in contrarium adducta, vix quidquam roboris sibi vendicat; licet enim passim Actiones dicantur Juris Civilis, haud tamen necessum est, illud de inventione intelligi: sed percommodè de ipsa inducta forma subaudiri potest; cùm non minùs, & obligationes non rarò Juris Civilis appellentur: & tamen eas à potior juris Gentium esse constat. Quòd autem obligatio naturalis non producat Actionem, nihil movet; hoc enim ipsum Jus Civile constituit: sicut in alia obligatione constituere potuisset. Ultimum fundamentum omnium maximè est enerve, etsi enim verum sit deportatos agere non posse, illud tamen obtinet tantùm in illo Imperio, in quo damnati sunt. Deinde certum est illos nec patriam, nec tute-

telam, aut jus testandi retinere; quæ tamen origine sunt juris Gentium. Videatur super hac quæstione. Zas. *in L. 2. §. 6. ff. de Orig. jur.* & Bacho. *in Tractat. de Action. part. 1. disput. 1. thes. 12.*

OBSERVATIO II.

De fundamentis & causis Actionum.

SUMMARIUM.

1. *Causa propinqua Actionum est duplex: proxima & remota.*
2. *Explicatio* L. 1. ff. de Oblig. & Action.
3. *Quæ sit causa Actionum Realium?*
4. *Quid sit libellus?*
5. *Quæ causa in libello exprimenda sit?*
6. *Et præsertim in Actione Reali?*
7. *Quid juris casu, quô causa acquisitionis pendente lite contigit.*
8. *An nomen Actionis debeat exprimi?*
9. *An admittatur libellus obscurus?*
10. *Quid sentiendum sit de libello alternativo.*
11. *Utrum plures actiones in eodem libello Cumulari possunt.*
12. *Quid si plures actiones rei persecutoriæ ex diversis factis ortæ concurrant.*
13. *Quid sentiendum de concursu plurium actionum personalium.*
14. *Tangitur quæstio, qualiter libellus emendari & corrigi possit.*

1 POstquam probatum, & deductum est, Actiones originem habere, atque inventas esse à Jure gentium, perscrutandum mihi restat, quodnam sit fundamentum, seu causa illarum propinqua, aut materialis. Ubi notanter animadvertendum est, quòd & hæc causa materialis in quavis Actione alia sit remota, alia autem proxima: & quidem actionis Personalis causa remota instrumentalis est, quivis modus producendæ obligationis efficacis: proxima verò est ipsa obligatio; utuntur enim Jura, tam Canonica quàm Civilia varijs generandæ obligationis modis, contractu videlicet vel quasi, delicto vel quasi, aut denique varijs causarum figuris, *L. 1. ff. de Oblig. & action.* Colleg. Argentor *ff. de Oblig. & act. n. 6.*

Verba illa *ex varijs causarum figuris in dict. L. 1.* diversimodè à 2
DD. exponuntur; Alij enim sub illis intelligunt Condictionem furtivam, quâ quis à fure contra rationem juris condicit rem suam.

Alij actionem in Factum Bachov. *in Tract. de Action. disput. 4. thes. 4.* intelligit cum Communi quasi contractus, & quasi delicta. Alij denique aliter. Mihi placet expositio, quam tradit Zas. *in L. 1. ff. de Oblig. & action.* qui sub verbis *ex variis causarum figuris* subaudit varias formas, Schemmata, & ductus; quæ jure extraordinario, & specialiter à lege ita constituente producunt obligationem; quoniam plura sunt negotia quàm vocabula, *L. nam plura ff. de Præscript. verb.* adeoque non omnia certo nomine insigniri potuerunt; talia enim negotia extra limitanea, quæ nec ad contractus, vel quasi, nec ad maleficia vel quasi referri possunt, extraordinario jure veniunt, per consequens non nisi sub varijs causarum figuris exaudiri possunt: quemadmodum sunt actiones in Factum, aut Obligationes efficaces: quæ jure ordinario non nascuntur, sed extraordinario à Prætore ex æquitate vel ratione quadam singulari conceduntur.

3 Sicut autem in actione Personali causa alia est remota, alia proxima: ita etiam in Reali: causa autem remota in actione Reali instrumentalis est, quivis modus acquirendi dominij, vel quasi, vel juris in re, tam de Jure Gentium quàm de Jure Civili constitutus, sive denique particularis, sive universalis sit. Quales sunt Aditio hæreditatis, Agnitio bonorum possessionis, Addictio bonorum libertatum conservandarum gratiâ, Arrogatio &c. Quibus, sicuti priùs notatum est, addi possunt modi constituendæ servitutis, pignoris, vel alterius juris in re. Causa verò proxima est ipsum dominium directum, vel utile, aut jus pignoris, vel possessionis, servitus, aliáque similia jura. Videatur post Struv. *Synt. jur. civil. exerc. 46. thes. 63.* Bachov. *in Tract. de Action. disp. 1. thes. 14.* non minùs autem actiones Reales quàm Personales jure extraordinario, seu ex varijs causarum figuris nascuntur; in casibus enim, ubi dominium ex speciali Legis privilegio absque traditione transit, quemadmodum quando quid venditur, vel donatur Ecclesiæ, aliive pio loco, aut singulari constitutione Juris Prætorij, quâ per nudum pactum transfertur jus hypothecæ &c. nullus est legitimus, seu regularis modus adquirendi dominij.

Quandoquidem autem enarratæ causæ in libello necessariò exprimendæ sunt; præstat prævié nosse: quid sit libellus? & quomodo istæ causæ ei inserendæ sint? Pro cujus succincta resolutione Respondeo, libellum nihil esse aliud, quàm scripturam, quâ Actio & principalis actoris intentio coram Judice proponitur, & contra adversarium intenditur. De cujus divisionibus, & formulis consulatur Gilhaus *in sua Arbore Judic. cap. 3.* Libellus de usu, & praxi accuratè per modum syllogismi formatur: ità, ut in majori propositione concipiatur 4

tur

tur thesis, quâ ostenditur legitimam, & omni jure probatam esse petitionem actoris. In minori autem narratur secundùm omnes circumstantias ipsum factum, atque illud thesi in majori propositæ applicatur. In conclusione autem fit congrua petitio, & imploratio Officij Judicis; ut id, quod actor petit, adjudicetur. Aut secundò, concipitur permodum enthimematis; quando nimirum thesis per se est clara, aut notoria; nulla enim necessitas libellanti incumbit certis modis utendi: sed prorsus ab ejus arbitrio dependet, qualem formam concipiendi libellum adhibere velit, Schambog. *dict. loc.*

5 Porro quamvis causa Actionis, tam Realis, quàm Personalis, in libello exprimenda sit, haud tamen utrinque observatur uniformitas. In actione quippe Personali non sufficit exprimere causam proximam, dicere videlicet: ago adversus Titium, ut mihi præstet mille florenos, ad quos dandos mihi obligatus est, sed necessario requiritur, ut exprimatur causa remota, seu, quæ obligationem generat. Ratio est, partim; quòd actor libellum suum Judici, seu Magistratui committere soleat, ut ille reo ad hunc finem citato, libellum sibi commissum tradat, ut citatus super tenore illius deliberare possit: an litem contestari; adeóque cum actore contendere: aut in ejus vota, & postulata consentire velit. &, si prius amplectitur, instructus, ad respondendum venire debet per *L. 1. ff. de edendo.* Unde, si in actione Personali solummodo causa proxima foret exprimenda, nimis generalis, & obscura petitio esset, ac per consequens reus ad formandas exceptiones, quæ ex diversis contractibus diversæ sunt, se instruere non posset. Partim etiam; quia nulla confessio debiti absque expressa causa valet, *L. Cùm de indebito §. fin. ff. de Probat.* Arnoldus Rath *in Tractatu de Action. n. 53.* Partim denique, quòd Judicis scire intersit, an quis ex contractu bonæ fidei, vel stricti juris, ptopter diversos eorum effectus, agat?

Quæ omnia in actione Reali non 6
ità strictè exiguntur; in ea, quippe sufficit expressisse causam proximam Rationem differentiæ præcipuam esse Judico; quòd actio Realis ùt plurimum sit uniformis: nec quidquam intersit Judicis in conceptione sententiæ, ex quo acquirendi dominij modo, vel constituendi juris in re profluat, sicut in actione Personali, ità laudatus D. Rath *dicto Tractatu n. 49.* Quoniam ex pluribus causis, & obligationibus ex Empto nimirum, vel Stipulatu aut Testamento eadem res nobis deberi potest, textus est *in L. 159. ff. de Reg. jur. §. si res aliena. 6. Inst. de Legatis* Dominium autem, seu rei cujusdam proprietas, ex una solummodò causâ nobis contingit, *L. 3. §. 4. ff. de Adquirenda vel omitt. possess. dict.*

L. 159. ff. de Reg. jur. & ibi Ludvvell. Wiſenbach. Omnium autem prolixiùs hac de re diſſerit Duarenus *in L. 3. §. ex pluribus ff. de Aquir. vel Omitt. poſſeſſ.* Adverte tamen, quòd, licèt haud neceſſe ſit cauſam remotam in actione Reali exprimere, inutile tamen omnino non ſit; quoniam, ſi ſemel quis egit rei Vindicatione, nullâ expreſsâ causâ, ſeu titulo, quo res ſua eſt, atque ſuccubuit, non ampliùs eam vindicare poterit; cùm agendo ſimpliciter omnes cauſas intentione ſua comprehendiſſe cenſeatur, per textum *in L. Et an eadem ff. de Except. rei judic.* dictus D. Rath. *citat. loc. n. 54.* Si enim verò certam cauſam remotam expreſſit, vindicando nimirum fundum, cujus dominium ex Empto, vel Dotis datione, aut Legato ſibi aſſerit; & poſtmodum in probatione propoſitæ cauſæ defecerit, abſque metu exceptionis rei judicatæ, ex alia cauſa illum vindicare, haud prohibetur, *L. ſi mater §. 2. ff. dict. loc.* Ergo ſaltem expreſſio cauſæ remotæ, hanc obtinet utilitatem.

7 Hoc loco illa contingentia mihi occurrit, qua v. g. Titius vindicare voluit fundum, nullâ primò expreſsâ causâ dominij acquiſiti, & in Judicio ſuccubuit: poſtea autem nova cauſa acquirendi illi obtigit: & quæritur an in hoc particulari caſu exceptione rei judicatæ ſubmoveri poſſit? Negat hoc JCtus *in dicta L. ſi mater §. 4. ff. de Except. rei judic.* per verba *Cæterum ſi fortè petiero fundum, vel hominem, mox alia nova cauſa poſt petitionem acceſſerit, quæ mihi dominium tribuat, non me repellet iſta exceptio*, Zaſ. *in hac L. &* Wiſenbach. *in L. 159. ff. de Reg. Jur.*

Dubium circa hanc materiam 8
eſt Primò. An ſicut cauſa Actionis, ità etiam nomen illius in libello ſit exprimendum? communiter in Negativam abierunt DD. *per c. Dilecti ext. de Judicijs.* Quàm ſententiam etiam amplectitur Praxis civilis, per ea quæ tradit Andreas Gaill. *Lib. 1. Obſerv. 61. n. 1.* unde, à potiori ſtatuunt, ſpeciem, ſeu qualitatem Actionis deſumendam eſſe, ex conceptione libelli, ſeu medio concludendi, teſte Gaill. *dict. loc. n. 9.*

Dubium eſt ſecundo, An libel- 9
lus obſcurus ſuſtinendus, & Judex ulterius cognoſcendo procedere poſſit? vel, an ille ex officio ſit rejiciendus? Reſpondeo caſu, quo pars adverſus illum excipit, Judex ulterius haud procedere poteſt: niſi eum actor, dilucidaverit, *L. ult. & ibi D. D. Cod. de Ann. except.* Quod ſi autem adverſa pars non excipiat: & libellus non ſit omnino ineptus, haud dubito, quin Judex ulteriùs cognoſcere, & cauſam definire poſſit.

Dubium eſt tertiò. An libellus al- 10
ternativus admittendus ſit? regulariter enim reijcitur, per *jura, & au-*

authoritates quas affert Gaill. *Lib. 1. Observ. 82.* quòd talis libellus generalitatem, & consequenter incertitudinem ingerat, Brunneman. *in suo Processu Civili cap. 5. n. 11.* His tamen non obstantibus, in certis casibus libellus alternativus admitti debet; quemadmodum in actione Noxali, & remedio *L. 2. Cod. de Rescind. vendit.* & denique ex conventione partium. videantur plura apud Schambog. *in princ. Instit. de Act. in fine.*

11 Quartò dubitatur, utrùm plures actiones in eodem libello cumulari possunt? in resolutione hujus quæstionis est notandum, cumulationem actionum aliud nonesse, quàm unius actionis ad aliam adunatio contra eundem in Judicio Legitimè proposita Haunoldus. *de Just. & J. tom. 5. tractat. 2. cap. 2. controvers. 8. n. 277.* dividitur in alternativam, & conjunctivam; prior est, quando plures actiones in eodem libello eo fine cumulantur, ut una non probata alteram liceat probare. Posterior est, quando plures actiones in eodem libello eo effectu cumulantur, ut uno eodemque Judicio terminentur, hanc actionum cumulationem de Jure incognitam esse defendunt relati apud Petrum Myllerum in Stuvium *exerc. 46. Thes. 100. per L. 9. §. 1. ff. de tribut. act. L. 38. §. 1. ff. pro socio. L. 43. §. 1. ff. de R. J. L. 6. ff. de except. rei Judic.* in contrarium praxis, & consuetudo, quin & Jus Scriptum collimat, possunt ergo plures actiones in eodem libello cumulari alternativa cumulatione Gaill. *Lib. 1. obs. 62.* Mynf. *Cent. 1. obs. 58.* Umm. *disput. ad process. 6. Thes. 14. & alij* relati à Bonaventura Franz *in institut. de act. §. 8.* probatur hæc assertio ex varijs Juris textibus 1. ex *l. 1. §. 4. ff. quod legat.* in quo ambigitur, utrum quis pro hærede, vel possessore aut legato possideat, & hinc cumulandam petitionem hæreditatis cum interdicto, quod Legatorum decernitur, quò etiam tendunt textus *in L. 10. Cod. de ob. & act. L. 24. Cod. de Pign. & Hypot.* Ubi Creditor agendo adversus debitorem pignus possidentem uno libello actionem personalem, & Hypothecariam Cumulare potest, hæcque Sententia confirmatur ex Ordinatione Cameræ *part. 3. tit. 34. §. 1.* ubi nullitas, & iniquitas in nullo libello alternativo proponi, & peti potest, ut sententia declaretur nulla, & si fortè deficiat nullitas super iniquitate pronuntietur, quia nullitas, & appellatio eodem libello cumulari possunt, videatur prolixè deducens dictus Bonavent. Franz *citat. loc.* in cumulatione simultanea varia est subijcienda distinctio, tollendæque omnis confusionis causa statuo 1. si concurrunt plures actiones criminales ex eodem facto enatæ, tunc unâ electâ altera absorbetur *L. 14. ff. de accus.* nec enim ex eodem crimine pluribus legibus, quis reus fieri potest; pariter si plures actiones civiles ex eodem negotio oriantur, sive deinde sint reales

sive personales in uno libello cumulari non possunt si ad idem tendunt, sed ex illis una est eligenda, reliquæ vero perimuntur. *L. 9. §. 1. ff. de tribut. act. 5. 43. §. 1. ff. de R. J.* Quamobrem, etsi legatario tres sint præstitutæ actiones pro consequendo legato *§. 2. institut. de legat. L. 80. ff. de legat. 2.* non tamen cumulative sed solùm electivè competunt *L. 76. §. penult. ff. eod.*

12 Si enimverò plures actiones ex diversis factis ortæ concurrant, tunc interest, an sint reales an verò personales, si sint reales, & tendunt ad res diversas, habent tamen aliquam connexionem, vi cujus una parit exceptionem rei Judicatæ in altera in eodem libello cumulari nequeunt. *L. 6. ff. de except. rei Judic.* Ubi Paulus asserit *singulis controversijs singulæ actiones sufficiunt*; hinc, qui petit fundum rei vindicatione, servitutem eidem fundo debitam actione confessoria petere non potest *L. 16. & 18. ff. de except.* Ratio est. Quia sententia absolutoria in rei vindicatione parit exceptionem rei Judicatæ in confessoria; nullus quippe servitutem petere potest, nisi sit dominus *L. 1. ff. si serv. vind.* Fachin. *L. 12. cap. 1* Eckold. *ff. de except. rei Judic.* §. 6. si autem actiones reales ex diversis enascantur causis atque ad diversas res collimant, poterunt in eodẽ libello cumulari, quemadmodum in diversis legibus statutum invenio *L. 11 ff. de Jurisdict. L. 1. Cod. de annal. except.* & ratio est, cum talis cumulatio deserviat comminuendis litium molestiis, & expensis.

Quando autem plures actiones 13 personales occurrunt, tunc majoris claritatis gratiâ aliqui veniunt ponendi casus, quos inter primus sit, quo duæ actiones confluunt ex diversis causis lucrativis ortæ, in hoc casu cumulari non possunt, quoniam una eademque res ex causa lucrativa debita bis peti nequit. *L. 61. ff. de solut.* secundus casus est quo plures actiones equidem concurrunt, sed quatum una ex causâ lucrativa, altera verò ex causâ onerosâ, has in eodem libello cumulari posse, decidunt textus *in L. 85. §. 1. ff. de legat. 1. L. 18. ff. de obligat. & act.* quare, si quis servum, ex testamento sibi legatum ignorans, ab hærede emit, utraque actio & ex testamento, & exempto in eodem libello cumulari potest, siquidem ad diversa tendunt; una enim rem ipsum persequitur, altera pretium *L. 84. §. 4. ff. de legat. 1.* Tertius casus est, quo utraque actio est ex causa onerosa, e. g. eandem rem successivè duobus vendidi, primusque emptor secundo hæres existit, possum à primo emptore ex utraque venditione conveniri. *L. 10. ff. de act. empt.* In concursu actionum pœnalium refert, utrum hæ actiones ejusdem vel paris sint potestatis, tunc enim cumulari non possunt, cùm ad idem tendant, eapropter qui movit actionem injuriarum prætoriam, nullum ampliùs habet recursum ad actionem *ex L. Cornelia*, quia utraque ad vindictam

ctam collimat; Si autem disparis potestatis sint, dispiciendum sit, quâ priùs sit actum; si mota est illa, quæ minus complectitur, adhuc moveri potest, quæ plus continet, ratio est, quòd, quamdiu aliquid est debitum, tamdu illud peti possit, Exemplum perhibet Paulus in *L. 1. ff. de vi bon. rapt.* secùs si priùs est mota, quæ plus continet. *L. 53. ff. de O. & A.* non denegatur cumulatio actionis rei persecutoriæ & pœnalis simul concurrentis, si ex natura sua sint pænales, secùs si per accidens pœnam contineant, hinc si actum est rei vindicatione, cessat actio quod metus causa. *L. 9. §. 6. ff. quod met. caus.* prolixior & hac in re exemplis illustrata deductio videatur apud P. Haunold *vol. 5. tract. 2. cap. 2. controvers. 8.* & Clariss. D. Bonav. Franz *Instit. de action. §. 8. à n. 62.*

14 Pro coronide hujus materiæ succinctè est percurrenda quæstio, qualiter liceat emendare vel mutare libellum? ubi adverte, emendare seu corrigere libellum aliud non esse, quàm accidentales ejus defectus, salvâ libelli substantiâ, removere, e. g. si removeatur obscuritas, tollatur generalitas, aut alternatio ad unam solummodò speciem reducatur; mutare verò libellum est variare ejus substantiam, quemadmodum ex eadem causâ rem aliam petere, vel ex diversâ causâ eandem rem; e. g. si ab initio litis petatur equus, in processûs verò cursu centum floreni, aut si Sejus petatur ex stipulatu, dehinc verò tanquam legatus. Porrò corrigere seu emendare libellum tam ante, quàm post litis contestationem licet, Manz. *Inst. de action. §. 35. n. 17.* Haunold. *de J. & J. tom. 5. tract. 3. cap. 3. controv. 2. n. 163.* David Mævius *ad jus Lubec. part. 5. tit. 3. art. 1. n. 7.* mutare autem libellum ante litis contestationem actor equidem potest, expensas verò, quas reus erogavit, refundere tenetur. *L. 3. Cod. de edend. L. 15. ff. rem rat. haber.* Gaill. *lib. 1. observ. 51.* Schambog. *ad §. 35. Instit. de action.* ab hac tamen assertione excipiuntur quidam casus particulares, quos inter est primus, si actor vellet mutare libellum, eum solummodò in finem, ut confessionem à se factam revocaret. *L. un. Cod. de confess.* 2. quando reo jam foret jus quæsitum, aut 3. si mutatio jam semel foret facta. vid. Mynsinger *in §. 34. Instit. de action.* Quin & post litem contestatam mutatio libelli est permissa. *§. 35. Instit. de action. L. 4. §. fin. ff. de noxal. action.* ratio est manifesta, quia post litis contestationem potest corrigi error commissus in quantitate ergo etiam poterit error commissus in ipsa re, cùm error veritati non projudicet. *L. 6. ff. ad municipal.* Manz. *ad dict. §. 35. Instit. de Action.* Harpprecht & Vinnius *ibid.* Brunnem. *ad L. 3. Cod. de edend.* & plures relati à Clariss. Bonav. Franz. *Inst. de action. part. 2. n. 66.*

Dices 1.mo Sententia debet esse conformis libello, sed sententia, quæ

quæ fertur ſuper alia actione vel re, non eſt conformis libello, ergo non poterit mutari libellus. Reſp. debet ſententia eſſe conformis libello correcto, non verò non correcto; conformitas enim ſententiæ cum libello conſiſtit in probatis, non verò ſolùm in petitis. Nec adverſatur 2. quòd ex litis conteſtatione enaſcatur quaſi contractus, adeóque ab illa obligatione unius diſſenſu recedere non liceat; hæc enim obligatio eſt radicata ſuper generalitate Judicij, non verò ſolùm ſuper particularibus articulis. Minùs obſtat 3. quòd ille, qui à Sempronio petere debuiſſet, & à Titio petit, aliô iudicio à Sempronio petere debeat, ergo, qui rem aliam petit, aliô quoque judiciô proſequi debebit. At ratio diſparantiæ eſt: quòd judicium ſit legitima cauſæ controverſæ diſceptatio ab actore & reo litis terminandæ gratia coram Judice inſtaurata, ergo nova diſceptatio, cum nova intercedat perſona, in priori exigitur caſu, ſecùs eſt, ſi alia ſolùm moveatur actio cùm eadem controverſia ex apparente veritate perdurare cenſeatur. *L. 21. §. penult. ff. de pecul.*

OBSERVATIO III.

De prima Actionum diviſione.

SUMMARIUM.

1. *Quæ ſit prima Actionum diviſio?*
2. *Prima, & ſecunda differentia inter actionem Realem, & perſonalem.*
3. *Explicantur verba in* §. 1. Inſtit. de Act. *in fine poſita.*
4. *Tertia differentia inter actionem Realem, & Perſonalem.*
5. *Quarta, & quinta differentia.*
6. *An diviſio in actionem Realem, & Perſonalem ſit manca?*
7. *An dentur actiones Mixtæ, partim Reales & partim Perſonales?*
8. *Defenditur Negativa.*
9. *Cùm oriantur, ex quaſi contractu.*
10. *Deducuntur ulterius rationes, pro Negativa.*
11. *Diluuntur rationes pro Affirmativa allatæ.*
12. *Refutatur ratio ſecunda.*
13. *Rejicitur ratio tertia, & quarta.*
14. *Quænam ſint Actiones Nativæ?*
15. *Subdividuntur hæ actiones ulteriùs in directas & utiles, & quæ ſit earum differentia.*

Poſt-

1 Postquam definitio, & causa Actionis, quantùm proposito meo deservire potest, succinctè deducta est, pro clariori intellectu, subsequentis materiæ, Actionum divisiones perstringendæ veniunt. Prima igitur, & summa Actionum divisio est, à causa materiali (quemadmodum communis Sententia, dissentiente Vinnio, tenet) petita, in Actionem, in rem, & in personam, seu in actionem Realem, & Personalem per Verba Justiniani in §. *1. Inst. de Act. Summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam.* Actio realis est, quæ ex jure in re descendit, & quâ adversùs possessorem juris, quod in re habemus, declarationem petimus. Fromman. *disput. de different. act. real. & personal. thes. 2. Suum* enim *esse* & *sibi deberi* opponuntur, res quippe mea mihi deberi non potest, sed ex præcepto Legis restituenda est, hinc non jure obligationis, sed jure actionis, debetur. *L. 27. §. 2. ff. de legat. 2.* Hæc actio vocatur quoque petitio. Actio in personam est, quâ agimus cum eo, qui nobis ad aliquid dandum, vel faciendum obligatus est: & semper locum habet adversus illum: nec ejus personam egreditur, textus est litteralis *in L. Actionum 25. de Oblig. & action.*

2 Quæ descriptio, seu potiùs divisio per expositionem differentiarum, inter hæc membra divisa intercedentium, magis liquebit. Primò enim differunt in nomine; Personalis namque in propriâ, & strictâ significatione dicitur Actio. Realis autem vocatur petitio, *L. 28. ff. dict. tit. L. pecuniæ 178. §. 2. ff. de V. S.* Secundò differunt Origine; actio enim Personalis descendit ex contractu, vel delicto: quorum verborum appellatione, etiam quasi contractus & quasi delicta intelligi arbitror, per textum *in §. 10. & 18. Instit. de Action. §. 1. Instit. de Perpet. & temporal. action. L. 16. ff. de Negot. gest. L. 49. ff. de Oblig. & action.* Quin imò etiam in dispositione Statuti, nomen Contractus, quasi contractum comprehendere volunt plures apud Harprecht *Instit. de Oblig. quæ ex quasi contract. nasc. in princ. n. 8.* Verba autem à Justiniano in §. *1. Instit. de Action. & alijs quibusdam modis* in varias expositiones detrusa sunt, quid videlicet subaudiatur sub vocabulis, *Et alijs quibusdam modis* de quorum interpretationibus videatur, Schambog. *in §. 2. Instit. de Action. in verbo, Quares.*

3 Ego omnes alias expositiones missas facio, accipiendo eam, quam tenent Vinn. & Bachov. in *dicto §.* nimirùm quòd verba, *Et alijs quibusdam modis* indigitent, *Et alias agendi formas*; postquam enim Imperator dixit, *Quo casu prodita sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare, aut facere oportere.* addit, *Et alijs quibusdam modis*, id est, *tradere,*

dere, vel restituere; nec enim mihi persuasum habeo, formulam *Ajo te facere oportere*, tam largo modo accipi, ut etiam *tradere*, *& restituere* includat. Cui assertioni non refragatur *L. 1. ff. de Oblig. & action.* quem textum plurimi ad explicationem horum verborum allegant; inibi enim, quemadmodum superius ostensum est, agitur de causis, & obligationibus, Actiones producentibus: hic de modis, & formulis agendi, Bachov. *dict. loc. n. 9.* adeóque unum ex altero inferri, & confundi non debet. Redeundo igitur ad superiorem differentiam constat è contrario, actionem Realem oriri ex dominio, seu alio quovis jure in re. Unde per consequens Actio in rem dicitur, veluti evincunt verba *in dict. §. circa finem.* Quare causa proxima actionis Realis est ipsum dominium, vel jus in re, servitus, seu pignus, &c. Remota autem sunt modi acquirendi dominij, vel constituendi juris realis, tam de Jure Gentium quàm etiam Civili constituti; quod à me in præcedenti Observatione satis est demonstratum: magisque patet ex illis, quæ tradit Schneidevvin. *eodem n. 17.*

4 Tertia differentia desumitur à natura; actio enim Personalis datur solùm adversus illum, qui modo quocunque legitimo est obligatus: dicitúrque inhærere personæ obligati, sicut lepra leproso. Quòd idem de actore asserendum; cum & illum saltem directa Actio quasi umbra corpus sequatur, Schneidevv. *in allegato §. n. 12.* Actio verò Realis porrigitur adversus tertium rei possessorem, & tantummodo rem respicit; ideoque in rem dicitur, *dicta L. Actionum. 25. ff. de Oblig. & action.* Quapropter Justinianus utitur verbis, *Qui nullo jure obligatus est*, id est, nec ex contractu, nec ex maleficio, aut alio de jure approbato modo. Fundatur ergo actio Realis in solo jure, quod habet actor in re ab adversario possessa, Schneidevv. *dict. loc. n. 5.* Quare si reus se à re possessa abdicat, liberatur ab actione Reali, quâ pulsandus erat, secus in actione Personali; námque obligatio semel efficaciter hominem obstringens, eum cum suis successoribus tenet, donec, aut det, vel faciat, ad quod dandum, vel faciendum obstringitur, Mynsinger. *in citato §. num. 12.*

Quarta differentia in priori Observatione prolixiùs est annotata, quòd videlicet in libello actionis Realis sufficiat præscribere causam proximam, in Personali autem necessario requiritur, ut addatur remota per *rationes ibi allatas.* 5
Quinta se offert differentia circa modum concludendi: in actione quippe Personali concluditur ad dandum, vel faciendum, aut aliquid præstandum, vide plura exempla hujus declarationis apud D. Manz. *in dict. §. 45.* In actione autem Reali concluditur, ut actor declaretur dominus rei petitæ, & pos-

possessio ei restituatur Mynf. *eod. n. 13.* Quare olim formula actionum Realium erat, *hanc rem jure Quiritum Ajo esse meam.* Videantur *citati apud allegatum* Manz. *n. 47.* Sextam differentiam signat transmissio actionum, personalis namque in hæredem transmittitur pro quota hæreditatis, realis verò ex natura sua pro quota possessionis. Ultima differentia est, quòd in actionibus personalibus per condemnationem inducatur actio rei judicatæ, secùs in realibus siquidem in his nulla fit condemnatio super dominio vel jure in re, sed sola ejus declaratio, quòd nimirùm res sit petitoris, propter quam declarationem possessor rem restituere jubetur, cui imperio si obtemperat, & petitor fortè amittit possessionem, vindicatio locum habet; aut verò non paret imperio judicis, & res vel manu militari auffertur, vel in litem juratur, tunc demum pro pecuniâ seu interesse datur actio rei judicatæ. Etiamsi autem in hoc passu plures differentiæ à diversis Authoribus soleant cumulari; præcipuæ tamen, & quæ ad propositum meum accomodari possunt, à me jam sunt annotatæ.

6 Porrò hæc per deductas differentias stabilita divisio, à pluribus ex eo impugnatur capite, quòd videlicet non omnia membra divisa comprehendat, adeòque manca sit; cùm dentur Actiones, quæ sunt partim Personales, partim autem Reales, quemadmodum actiones *Familiæ Herciscundæ*, *Communi dividundo*, *Finium regundorum*; Ad salvandam igitur meam divisionem, necessum est, perscrutari, an ergo dentur tales Actiones in eo sensu mixtæ, ut partim Reales, & partim Personales sint, utraque Sententia, tam Affirmativa, quam Negativa, suis rationibus non destituitur. Affirmativam tenent multi, non minùs Veteres quàm Recentiores, Struvius nimirum, Lauterbach, Schneidevvin. &c. & ex proposito cum Bachov. *Tractatu de Action. disput. 2. thesi 7.* D. Rath. *in Tractat. de Action. n. 55.* quorum fundamenta, partim in textibus expressis, partim autem in ratione juris stabiliuntur.

Et primò quidem Justinianus ipse 7
in *§. 20. Inst. de Action.* expressè affirmat, illas tres Actiones mixtam causam tam in rem, quàm in personam obtinere videri, quòd ultimum verbum *videri* veritatem importare passim prædicti Doctores tenent, ità, ut sensus sit, *mixtam causam habere*, & neutiquam solummodo aliquam apparentiam demonstrare. Secundò constat, JCtum Paulum *in L. 1. ff. Communi dividundo* distinxisse Actionem, quâ petuntur præstationes personales, ab illa, quâ petitur divisio rei communis, quod haud dubie frustra fecisset, si una, eademque ratione, utrumq; peti posset, & hoc quidem citatus Dominus Rath *dict. Tractat. n. 65.* pro principali fundamento assumit. Qui

 idem

idem contendit tertiò, nullam in his Actionibus reperiri obligationem, quâ unus alteri obligetur, ut rem dividi patiatur, imo pro monstro habet, illam à Fabro & alijs adversæ sententiæ Fautoribus commentam obligationem, cujus nullū in jure nostro extat vestigium, nec enim auditam esse Actionis formulam, *Aio te rem mecum dividere teneri*, sed potiùs, quòd quis alterum ad divisionem provocare possit, mero jure esse constitutum, ne quis in communione, utpote discordiarum nutrice, stare adstringatur, huc usque ille. Quartò instat Bachov. cum suis Asseclis, duplicem has Actiones habere intentionem, & ijsdem intendi rem pro parte esse suam, & aliquid sibi dari oportere, adeóque ratione præstationum Personalium oriri ex quasi contractu: respectu vero communionis, cujus separatio petitur, & quisque suam partem vindicat, jure dominij intendi. *Videatur citat.* Bachov. *in dict. Tract. disput. 2. thes. 7.*

8 Tametsi hæc fundamenta non modo speciosa, sed etiam juxta rationem jurisnervosa, adeò tamen momentosa non sunt, ut me in eorum Sententiam inclinent, sed ijs non obstantibus, contrariam amplexus, teneo, dictas tres Actiones ex natura sua purè Personales esse: in quam Sententiam descendunt præter alios Donellus *Instit. de Action.* §. *20. n. 7.* Bruneman. *eod. n. 4.* Vulte. *n. 2.* Vinn. & Wisenbach. Ratio mea fundamentalis est, primò quòd nullus expressus locus hactenus mihi occurrerit, quô istæ Actiones dicantur Mixtæ, quinimò illæ secundùm naturam actionum Personalium solùm dantur adversus socios, vel cohæredes. E converso textus est apertus *in L. 1. ff. Fin. regund.* quòd *actio Finium regundorum* in personam sit, etiamsi pro vindicatione rei detur, id est quamvis hæc Actio detur ad suam partem petendam, tamen est Personalis, ac propterea dicit Justinianus in *§. 20. Inst. de Action.* non simpliciter mixtam causam habere, sed *obtinere videntur*, per quod verbum *videntur*, innuere voluit, istas Actiones, quoad aliquos effectus assimilari naturæ Rei vindicationis, per tradita Vulteij *dict. loc.* A parte rei tamen in personam esse, ergo idem discurrendum erit de reliquis duabus Actionibus, *Communi dividundo*, & *Familiæ erciscundæ* causam, & naturam communem, cum *actione Finium regundorū* obtinentibus *arg. L. in tribus ff. de Judicijs L. 2. §. 1. ff. Communi dividundo §. si familiæ & sequentibus Instit. de Officio Judicis.*

Secundò constat Actiones, quæ descendunt ex quasi contractu, esse Personales, per ea, quæ in priori Observatione dicta, & etiam superiùs deducta sunt, istas autem tres Actiones ex quasi contractu pronatas esse, indubitanter demonstrant *jura in §. 3. & 4. Inst. de Oblig. quæ ex quasi contract. nascunt.* ubi communio, 9

tam

tam particularis, quàm univerſalis, quæ nimirum inter duos, vel plures hæredes oritur, quaſi contractibus accenſentur: ac propterea his tribus judicijs agimus adverſus illum, qui propter rerum communionem, & terminorum confuſionem, nobis obligatus eſt, ad faciendam rerum diviſionem, ad judicationémque lucri, aut damni, quòd durante communione contingit, Vinn. *in* §. *1. Inſtit. de Action. n. 11.* quàm aſſertionem haud infringit, quòd per iſtas Actiones petamus id, quod noſtrum eſt; hoc enim non fit jure dominij, ſed obligationis, non ſecus, ac in alijs actionibus Perſonalibus, Commodati, Locati, Depoſiti &c. In quibus petimus nobis rem noſtram reſtitui, licèt nullo modo nos in dominio, vel alio jure in re, ſed prorſus in obligatione fundemus, remque noſtram ab alio detentam, jure obligationis repetamus Donell. *in* §. *20. Inſtit. de Action. n. 8. in fine.*

10 Tertiò certum eſt, has Actiones; tam pro re dividendâ quàm præſtationibus perſonalibus dari non minùs illi qui non poſſidet, ac ei qui poſſidet, *L. 1.* §. *1. L. 25.* §. *2. ff. Familiæ erciſcundæ L. penult. ff. Comuni dividundo. allegat.* Donell. *dict. loc.* ergo neutiquam etiam ſub eo reſpectu actionum Realium naturam induere poterunt, utpote quæ poſſeſſori non dantur, §. *aque Inſt. de Action.* Ex quibus fluit quartò. Quòd diviſio à me ſuperiùs expoſita, omnimodam firmitatem habeat, quæ ipſa confirmat, nullas à parte rei dari actiones, partim Reales, partim Perſonales; quoniam tum Juſtinianus ipſe ait: *Omnium Actionum Summam diviſionem in duo genera deduci, aut in rem, aut in perſonam* §. *1. Inſt. de Action.* tùm etiam Veteres ſolùm hæc duo Actionum genera agnovêre, per text. *in L. actionum 25. ff. de Obligation. & action.* Conſequenter cùm hæc ſumma ſit diviſio, jure optimo infertur, non dari tertium genus, quo prædicta diviſio infringatur.

Quæ in contrarium allata, tanti 11 roboris non ſunt, ut mihi negotium faceſſant. Ad primum enim reſpondeo, Juſtinianum non ſimpliciter, & poſitive aſſerere, has Actiones mixtam cauſam obtinere, ſed ſolum obtinere *videri*: quòd verbum regulariter fictionem, ſeu apparentiam importat. *L. 54. ff. de Jure dotium* Zaſius *in L. res iudicata ff. de Re judicata.* Nicolaus de Paſſer. *in Tractat. de Concilat. contrar. leg. part. 1. quæſt. 10. n. 10.* Cùm autem verba ſimpliciter prolata, in ſuo potiori ſignificatu accipienda ſint, *L. 1.* §. *ff. Quod quisque juris.* Et nulla ratio ſuadeat, verbum *videri*, in hoc caſu contra mentem Juſtiniapro veritate accipiendum, ego etiam vim nullam in iſto *verbo* ponendam eſſe puto.

Neque ſecundo, quidquam mo- 12 vet. *L. 1. ff. Communi dividundo*, ibi enim differentiæ, inter actionem Communi dividundo, & actionem pro Socio exponuntur, atque inter alia aſſeritur, actionem pro Socio dari

dari solùm ad præstariones personales, aliàque, quæ ad Societatem inferendam pertinent: è contrario, ad distrahendam Societatem competere actionem Communi dividundo, Bruneman. *ibi.* Lauterbach. *ad tit. ff. pro Socio. Thes. 28.* Bachov. *ad Treutl. Disput. 27. thes. ult.* Nequaquam autem dicta *Lex prima* opponit actionem Communi dividundo, quatenus est Realis, & petimus rem nostrum, ei quatenus est Personalis, & persequitur præstationes personales, ac propterea Sententiæ meæ prorsus non adversatur.

13 Ad tertium, repono, eandem obligationem ad petendam rem pro indiviso nostram, in ijs Actionibus reperiri, quæ extat in actione Depositi, Locati, &c. In quibus non minùs jure obligationis rem nostram repetimus, & agimus, ut partes singularum rerum per divisionem distinctæ, nobis totæ adjudicentur; Cùm in rebus communibus nullum sit vestigium, quòd non Socio sit commune, & tametsi juxta mentem citati D. Rath. nulla talis expressa *Formula* reperiatur, *Aio te mecum dividere oportere.* sufficit tamen, eam sub alijs tacitè comprehensam esse. Nec enim credo, omnes antiquas formulas specialiter expressas fuisse; quemadmodum enim ipse Justinianus ait, actionum Personalium formulas esse, *facere, vel dare oportere, & alijs quibusdam modis*, id est, & alijs formulis, quæ specialiter determinatæ non sunt: ità nihil impedit, quo minùs talis formula, sub alia, coeteris actionibus Personalibus, usitata, e. g. *facere oportere*, comprehendatur, divisio enim sibi vendicat aliquod factum, & patientiam, quâ quis divisioni faciendæ se non opponat.

Quarta objectio per decisionem jam est confutata, etiamsi enim habeamus jus in re, nobis cum alio commune, id tamen non jure dominij, sed obligationis persequimur, sicut pluribus in decisione est annotatum.

Quæ Actiones taliter descriptæ, 14
divisæque, tam Personales quam Reales ulteriùs ab origine sua subdividi solent, in Nativas, & Dativas, illas appellant, quæ præjacentem materiam, eamque idoneam, & efficacem, ad producendam Actionem habent: has vocant, quæ quidem etiam habent fundamentum, & præsuppositam materiam, non tamen habilem ad producendam Actionem. Ego, quemadmodum in priori Observatione annotavi, Nativam voco illam, quæ jure ordinario, videlicet ex contractu, vel quasi, delicto, vel quasi nascitur: hanc autem, quæ ex speciali Lege, vel Consuetudine, aut singulari æquitate Prætoriâ datur. Qualis est *actio in factum subsidiaria*, quæ competit in defectu *L. Aquil. §. ult. Inst. de L. Aquilia. L. 23. §. 5. ff. de Reivindicat.* Inter quas non minùs *actio de Tigno juncto* recensetur, quæ porrigitur adversus bona fide jungentem in duplum ex singulari

æqui-

æquitate *L. 7. §. 10. ff. de Acquir. rer. dominio L. 22. §. penult. de Rei vindicat.* & tertiò *condictio* quæ *ex L. 32. ff. de Rebus creditis competit*, quando videlicet quis rem meam, aut saltem mihi debitam mala fide, aut titulò lucrativô, vel etiam nullô possidet, adversus illum condictio ex *allegata Lege* conceditur, & quidem sola dictante æquitatis ratione, ad quam referri potest. Quartò *actio ad Exhibendum* præparatoria nimirùm rei Vindicationis, difficile quippe, & subinde impossibile videtur, res vindicari posse, nisi ea prius exhibeatur, ergo propter commodum rem promptiùs vindicandi necessitas quædam ad exhibendum quasi obligat *L. exhibitionis Cod. ad exhib.* licèt nullum prævium negotium inter actorem, & reum confectum sit, queis assimulatur. Quintò, *Actio de Constitutâ pecunia*, quam Prætor, tametsi aliàs ex nudo pacto nulla enascatur Actio, ex constituto tamen propter iteratam reflexionem actus præcedentis proposuit. Wisenbach. *§. 8. Instit. de Action. n. 35.* Videatur Duaren. *ad tit. Cod. de Constituta pecun. cap. 1. circa finem.* Sextò, utilis rei vindicatio pupillo vel minori ratione rei horum pecuniâ à tutore vel Curatore proprio nomine comparatæ. *L. 2. Cod. quand. ex fact. tut.* 7. quæ competit uxori pro re, quam maritus emit pecuniâ, ab uxore ei donata, si ille non sit solvendo. *L. 55. ff. de donat. int. vir. & uxor. ibique* Brunem. id ipsum dicendum est de milite, & Ecclesia, quando res illorum pecuniâ ab Administratore vel alio empta est. *L. 8. Cod. de rei vind. L. 23. Cod. de Sacros. Eccles.* 8. quando unus recusat dare, quod danti non nocet, alteri verò prodest. *L. 2. §. 5. ff. de aq. pluv. arcend.* Hæ, & plures aliæ Actiones, non ordinario jure, sed ex speciali Lege, & edicto Prætoris solam æquitatem naturalem contemplantis adeóque immediatè à lege nascuntur, & quamvis haud absurdè dici posset, omnes Actiones esse Nativas, quoties enim Lex, vel Canon, aut alia Constitutio Prætoria quem ad aliquid dandum, faciendum, aut restituendum obligat, toties etiam asseri posset, esse quasi contractum: hinc haud pauci sunt, qui hanc divisionem, teste Godofred. Fibigio *exercitat. 13. num. 1.* ut fictitiam, & merum Interpretum, legibúsque incognitũ comentũ reijciunt, eò quòd nec quoad verba nec quoad res ex jure ostendi possit; Repono, scire leges, non est verba earum tenere, sed vim & potestatem, *L. 17. ff. de LL.* verba quidem hîc deficiunt, res verò subest; certum namque est juxta communem DD. calculum, conventiones non nudas munimentô fulciri vel ex se & naturâ suâ, vel aliunde & ex accidenti: à naturâ suâ congenita adminicula habent contractus, *L. 7. ff. de pact.* ex assistentia Legis, ascitóque auxiliô pacta legitima. *L. 6. Cod. eod.* actiones, quæ ex prioribus conventionibus proma-

manant, accuratè loquendo non dantur, ſed naſcuntur ex ipſa ſufficienti præexiſtente materiâ, quæ autem ex poſterioribus, habitô reſpectu ad illam ſpecialem approbationem, extra quam quieſcunt in terminis nudi pacti, dari magis, quàm naſci dicuntur.

15 Secundò, ſubdividuntur Actiones, tam Reales quàm Perſonales, in Directas, & Utiles: priores illæ vocantur, quæ ex verbis Legis apertè, & absque ulteriori interpretatione conceduntur: poſteriores autem communiter cenſentur, quæ quidem non ex verbis ipſius Legis immediatè proveniunt, ſed ex interpretatione illius, quando videlicet eadem ratio, & æquitatis paritas militat, quemadmodum deſumi poteſt ex *L. penult. ff. ſi Quadrupes &c.* ubi actio de Pauperie non modo eo caſu datur, quo animal quadrupes pauperiem facit, ſed etiã bipes. Et ex *§. 16. Inſt. de Lege Aquil.* paſſimque à DD. inculcatur: in effectu tamen ſuo actio Directa, & Utilis regulariter non habent diſcrimen, in eo tamen diſtant, quòd actio directa nomine mandantis, utilis autem nomine mandatarij tanquam ejus propria exerceatur. *L. fin. Cod. quand. fiſc. vel privat. L. ex legato 18. Cod. de legat.* 2. quòd, ſi mandatarius utili actione ſuo nomine utitur, privilegijs perſonalibus perfrui nequeat, ſi autem directas movet nomine Creditoris, etiam ex perſona ejus privilegijs gaudebit. Quæſtio ex casûs figuratione liquet, finge ſponſam repetere à defuncti ſponſi hæredibus quantitatem dotis, quam intempeſtivè ei attulerat; hoc caſu illa habet privilegium perſonale, vi cujus omnibus creditoribus chyrographarijs præfertur: inde ſi ſuam actionem mandat, mandatarius utendô hac actione nomine ſponſæ directâ, præfertur omnibus creditoribus chyrographarijs, ſecùs ſi utitur utili, quia privilegium perſonale nec ad hæredes tranſit. *L. dabimus §. 1. ff. de reb. auctorit. Judic. poſſid.* videatur Donell. *in L. 1. Cod. de O. & A. n. 53.* de qua diviſione videatur Schneidevv. *in §. 1. Inſt. n. 6.* Hærſolt. *in Tractat. de Action. in proleg. n. 43.* Salycet. & Baldus *in L. 1. Cod. de O. & A.*

OB-

OBSERVATIO IV.

De secunda Actionum divisione, in Civiles, & Prætorias.

SUMMARIUM.

1. Actiones aliæ sunt Civiles, aliæ Prætoriæ.
2. An actio illa sit Prætoria, cui Prætor aliquid affingit.
3. Quid de utilibus actionibus censendum sit?
4. Quid de Actionibus ex Statutis descendentibus?
5. Quales sint Actiones Ædilitiæ?
6. Differentiæ inter actiones Prætorias & Civiles.
7. Additur limitatio.

1 Actiones, à causa materiali saltem juxta communem Sententiam desumpta divisione in Reales, & Personales divisi, quam divisionem ea insequitur, quæ à causa efficiente defluit, juxta quam in Civiles, & Prætorias dividi solent. Civiles Actiones voco, quæ à Jure Civili strictiùs, & quatenus opponitur Juri Prætorio scripto, descendunt, videlicet ex *L. 12. tab. Plebisc. Senatus cons. Responsis Prudentum, atque Principum placitis*, verbo ex legitimis, & civilibus causis §. *3. Instit. de Action.* Prætoriæ vero illæ appellantur, quæ ex Prætoris jurisdictione descendunt, aut per Edictum Prætoris ex æquis, & naturalibus tantùm causis, propositæ sunt. Vult. *in* §. *3. Inst. de Action. n. 2.* Quæ Actiones ab origine verè discernendæ sunt, tametsi enim Prætor de re, vel negotio quodam judicium dederit, si eo nomine de jure civili quoque Actio competit, non statim Prætoria censenda est, cùm illa à Prætore non sit introducta, sed solùm approbata, velut in actione Commodati, quam approbavit Prætor, *L. 1. & 17. ff. Commodati.* Schneidevv. *in dict.* §. *3. n. 11.*

2 In eo casu, quo Prætor non tantùm Actionem aliquam de Jure Civili introductam approbat, sed etiam ei aliquid affingit, res adhuc illiquida est. Prætoria an Civilis sit dicenda? sicut in rei Vindicatione, quæ de Jure Civili solummodo adversus possessorem rei porrigitur, de Jure autem Prætorio etiam contra illlum protenditur, qui dolo malo desijt possidere *L. 26.* §. *2. in fine ff. de Noxalib. action. L. 131. ff. de Reg. jur.* ubi Paulus *Lib. 22. ad Edictum* id est *Prætorium* ait, *qui dolo malo desijt possidere, pro possessore habetur.* Respondeo quanquam multi arbitrentur, tales Actiones, & præsertim utilem rei Vindicationem, quoad exten-

tensionem Prætoriam dici posse, probabiliùs tamen mihi videtur esse Civilis, quoniam in discernendis Actionibus semper spectatur Origo, per ea quæ prius annotata sunt.

3 Dubium est secundò, utrum Actiones Utiles sint Civiles, vel Prætoriæ dicendæ? Respondeo, quando Actiones Directæ sunt Civiles, etiam Utiles tales esse, ex ratione, quòd Utiles ex interpretatione JCtorum seu Prudentum producantur, quæ itidem est pars Juris Civilis quemadmodum ipsæ Leges, & probatur *ex L. 4. ff. Si quadrupes. L. 11. ff. de Præscrip. verb.* Consulatur de hac re Vultei. *in §. 3. Inst. de Action. n. 4.* qui hanc instantiam, à paritate remonstrat, quoniam inquit tutela patronorum, & parentum, æquè legitima & civilis est ac agnatorum, ergo idem de Actionibus discurrendum erit.

4 Dubium est tertiò. Cui generi Actionum adscribendæ sint Actiones descendentes ex Statutis diversorum Magistratuum? Prætorias illas esse, præter alios defendit Mynsing. *in §. 3. Inst. de Action.* quia talia statuta assimilantur Edictis Præsidum, quæ sunt juris Prætorij. Mihi tamen videtur esse distinguendnm, aut enim Statuta ferentes superiorem recognoscunt, aut non: priori casu subscribo Mynsingero, posteriori autem puto, Actiones ex illis Statutis descendentes esse Civiles, cùm non loco Præsidum, sed potiùs Principis habeantur, quemadmodum Principum placita pars Juris Civilis sunt, ità etiam talia Statuta, Ducum, Marchionum, aliorúmque perpetuam Jurisdictionem obtinentium, nomine, & authoritate propriâ promulgata, pars Juris Civilis censeri debent, Schneidevv. *in §. 3. Inst. de Action. n. 7.* Vide hac super re disputantem Bachov. *in Tractat. de Action. disput. 2. thes. 8. litt. C.*

Ubi etiam probè advertendum est, quòd quædam Actiones sint, quæ Ædilitiæ vocantur, ex edicto Ædilium comparatæ, sicut de rebus morbosis, vitiosisque venditis, actio Redhibitoria, & Quanti minoris &c. textus est *in L. 1. §. 7. ff. de Ædilitio edicto*, hæ videri possunt nec Civiles, nec Prætoriæ esse, sed potius tertium genus constituere cùm minor fuerit Ædilium, quam Prætorum authoritas, *argum. §. 7. Inst. de Jur. nat. gen. & civ.* Quandoquidem autem & jus Ædilium pars Juris Honorarij, seu Prætorij esse censebatur, dict. *§. 7. Inst. eod.* communiter receptum est, ut nomine actionum Prætoriarum etiam Ædilitiæ continerentur. Donell. *in §. 3. Instit. de Action.* de quo inferiùs suo loco plura. Ne tamen vana, & omni effectu carens hæc divisio putetur, necessum est differentias inter actiones Civiles, & Prætorias sub coronide annectere. 5

Patet autem primò. eas distare sua origine: nobiliorem enim ortum actiones Civiles, quàm Prætoriæ obtinent, illæ enim ex *LL. civilibus* 6

bus profluunt, hæ autem *ex jurisdictione Prætorum*, qui ab illis constituebantur, queis leges ferendi potestas incumbebat, Schambog. *in dict. §. 3.* Secunda differentia in eo fundatur, quòd actiones Prætoriæ solùm extraordinariæ, & subsidio Prætoris datæ dicantur §. *1. Instit. de Perpet. & tempor. &c.* Manz, & Vulte. *in §. 3. Instit. de Action.* Civiles autem ordinariæ, & ipso jure competere dicuntur §. *1. dict. loc.* Tertia, & præcipua differentia est, quòd Actiones Civiles sint perpetuæ, ad instar Legum Civilium, utpote ex quibus promanant, textus *in Princip. Inst. de Perpet. & tempor. action.* Prætoriæ enimverò, annali solùm tempore perdurant, allegatus *textus & L. 22. §. fin. ff. de Liberali caus.* ex eadem ratione priùs adductâ, quoniam apud Romanos olim Imperium, seu officium Prætoris annuum erat, adeóque & Actio ex illius edicto descendens ut plurimùm Actio annua erat. Quæ tamen differentia perpetua non est, sed solùm ad Actiones Prætorias pœnales restringenda, Actiones autem rei persecutoriæ, tametsi Prætoriæ sint, regulariter sunt perpetuæ per *text. in princip. Instit. de Perpet. & tempor. Action.* in verbis, *Aliquando tamen, & in perpetuum extenduntur, id est usque ad finem ex constitutionibus introductum, quales sunt eæ, quas bonorum possessori cæterisque, qui hæredis loco sunt, accomodat.* ex quibus duæ circa actiones Prætorias deducuntur regulæ, prima est, quod actiones Prætoriæ pœnales sint solùm annales, secunda enimvero, quòd rei persecutoriæ sint perpetuæ. nulla tamen sine exceptione viget. prima enim fallit in Actione pœnali, quæ competit adversus furem manifestum, cujus odio hæc in perpetuum protenditur quod idem dicendum est de alijs hujus actionis naturam assumentibus *L. ult. ff. Nautæ caupones &c.* Secundò fallit in Actione ex *edicto Prætoris, quod quis juris in alterum &c.* Quamquam enim illa Prætoria, & pœnalis sit, perpetua tamen est, cùm ad futuras quoque litis extendatur, adeóque anno non potest concludi Oldendorp. *in Tract. de Action. class. 1. act. 1.*

Secunda autem Regula in eo exceptionem patitur, quòd quandò Actiones rei persecutoriæ aliquod negotium, seu actum de Jure Civili validum annullant, vel rescindunt, non sint perpetuæ, veluti actio Pauliana, & Rescissoria, singulare est in actione quod metus causâ, quæ licet rescindat actus de jure civili validos, perpetua tamen est, cùm, quod metu confectum est, à Prætore ratum nunquam habeatur. Videantur *DD. ad tit. de Perpet. & temporal. action.* 7

OBSERVATIO V.

De tertia Actionum divisione, in rei persecutorias, pœnales, & mixtas.

SUMMARIUM.

1. *Quid significet nomen* rei?
2. *Quot modis res ex patrimonio nostro abesse dicatur?*
3. *Variis modis juxta aliquorum Sententiam dicitur Actio pœnalis.*
4. *Actiones descendentes ex contractu, sunt rei persecutoriæ, ex delicto partim rei persecutoriæ, partim pœnales, partim denique mixtæ.*
5. *Prima differentiæ inter pœnales, & rei persecutorias.*
6. *Secunda differentia, ejusque ratio.*
7. *Exponitur textus* in L. 3. §. 5. ff. Quod quis juris &c.
8. *Refutatur alia objectio.*
9. *Enodatur* §. 1. inst. de Perpetuis & tempor. action.
10. *Opinio Vinnii & Mynsingeri* circa dict. §.
11. *Sententia Brunemanni.*
12. *Utrum Actiones rei persecutoriæ, ex delicto transeant etiã contra hæredes.*
13. *Negativa exponitur.*
14. *Confutatur affirmativa.*
15. *An saltem hæredibus actoris dentur.*
16. *Tertia differentia, inter pœnales, & rei persecutorias.*
17. *In Actionibus ex quasi delicto descendentibus uno solvente reliqui liberantur.*
18. *Quotuplici modo Actiones dicantur mixtæ?*

1 Tertia Actionum principalis divisio desumitur à causa finali, fundatúrque *in* §. *16. Inst. de Action. & in L. in honorariis 35. ff. de Oblig. & Act.* Actiones igitur rei persecutoriæ dicuntur, quibus persequimur rem, quæ ex patrimonio nostro nobis abest, *DD. ad dict.* §. *16. & L. 35. ff. eod.*

2 Et licet appellatione rei in latissima significatione acceptæ etiam pœna veniat, *L. 23. de V. S.* quemadmodum ad longum disputat Donell. ad *præcitat.* §. *16. n. 4.* ac per consequens membra divisa haud opponi videantur, specialiùs tamen, & quatenus pœnæ opponitur, nomen rei hoc loco usurpari arbitror, cum Schneidevv. *eod. n. 2.* Quoniam quando nomina possessiva, *mea, tua, nostra*, nomini rei simpliciter positæ, sicut hic fit, adjunguntur, generalem significationem mutant in specialem, Donell, *dict. n. 4.*

n. 4. in fine, ergo nomine rei hic nihil aliud denotatur, quàm res ad patrimonium nostrum pertinens. *arg. L. in honorarijs 35. ff. dict. tit.*

2 Varijs autem modis res ex patrimonio nostro abesse dicitur, & inprimis, quæ est in patrimonio nostro, ab alio tamen detinetur, Vulte. *in dict. §. 16. n. 4. in fine.* secundò quæ quidem in patrimonio nostro esse desijt, nobis tamen ex obligatione quadam restituenda est Vinn. *eod. n. 1.* tertiò quæ nobis ex contractu, vel quasi aut alio negotio debetur Donell. *eod. n. 6.* quartò denique quandocunque ejus, quod nobis abest, æstimationem petimus, quemadmodum æstimatio, quæ fit jurejurando in litem *L. 1. & 8. ff. de in Litem jurando.* Ad quam non minùs referri potest pœna Stipulatione, vel aliâ conventione promissa, utpote, quæ loco illius, quod interest substitui, & caveri solet §. *ult. Inst. de V. O. L. ult. de Prætorijs Stipulat.* Quandocunque igitur quid ex enarratis petimus, Actione rei persecutoria agere dicimur. Vinn. & Donell. *in §. 16. Inst. de Action.* Quòdsi enim verò ex illis enarratis nihil petimus, & tamen ad quid dandum, vel faciendum, agimus, Actione pœnali agere dicimur; Unde nomine pœnæ hic tantùm illa venit, quæ nec loco illius, quod nobis abest, ex nostro, nec loco interesse nobis quocunque modo debiti, sed solùm eum, à quo petimus coërcendi, puniendíque gratiâ præstatur, quæ, cùm à sola Lege constituatur, etiam sola pœna legitima dicitur. Ex quibus igitur deductis facilè patet quæ sint Actiones persecutoriæ pœnæ, seu vulgò pœnales dictæ.

Dicitur autem Actio pœnalis 3
juxta Vulgarem Sententiam, triplici modô, primò quando est utrinque pœnalis, tam ex parte actoris, quàm ex parte rei, sicut actio Furti. Secundò dicitur solùm ex parte rei pœnalis, quòd ex figuratione casûs in Interdicto Unde vi facilè liquet; Titius me de possessione ædium mearum dejecit, ego autem varia mobilia per illam violentam dejectionem amisi; aut mihi attrita, aut corrupta sunt, quæ nec ad dejicientem pervenêre, nec ex illis quidquam lucri assecutus est, & tamen æstimationem illorum mobilium Interdictô Unde vi pulsatus refundere debet *L. 1. §. 6. & §. 31. ff. de Vi & vi armat.* Tertiò dicitur pœnalis, casû quô Actori quidem nihil abest ex suo, sed reo tamen quid adest, finge instantiam, quâ Titius tibi dedit centum florenos, ut mihi calumniosam Actionem moveres, hic ego adversus te agere possum actione in Factum, de Calumniatoribus, ad quadruplum illius, quòd accepisti, ut calumniam inferres, *L. 1. ff. de Calumniator.* & ità ex parte actoris hæc pœnalis est, cùm persequatur id, quod sibi non abest, ex parte rei autem rei persecutoria est, ita

Schneidevv. & passim alij: quam tamen distinctionem partim usui juris, partim ijs, quæ à me superiùs deducta sunt, disconvenire ultro fateor, ac propterea mihi suspecta visa est, magis quippe respectu habito ad personas, mixtæ dicendæ forent, sicut nervosè deducit Bachov. *in Tractat. de Action. disput. 5. thesi secunda.*

4 Porro actiones Reales omnes rei persecutoriæ sunt, similiter & Personales fermè omnes, quæ ex contractu vel quasi originem trahunt §. 17. *Inst. de Action.* unâ vel alterâ exceptâ sicut actione Depositi in casu miserabili *dict.* §. 17. Illæ autem Actiones, quæ ex delicto nascuntur partim rei persecutoriæ, velut actio in Factum de Alienatione judicij mutandi causâ, Actio quòd metûs causâ extra casum contumaciæ, *L. item 14. ff. Quod metûs causâ.* Actio de Dolo, & plures quas allegat Bachov. *in Tract. de Action. disp. 5. thes. 3.* partim etiam sunt pœnales §. 18. *Inst. de Action.* partim denique mixtæ, nempe, & pœnales, & rei persecutoriæ simul, de quibus infra enucleatiùs discurram. Ut igitur essentiam harum Actionum promptiùs imbibamus, juvat prænotâsse differentias, quæ inter Actiones pœnales, & rei persecutorias constituuntur.

5 Et primò quidem in eo differunt, quòd Actiones rei persecutoriæ, etiamsi Prætoriæ sint, regulariter perpetuam vitam obtineant, *L. in honorarijs ff. de Oblig. & action.* Pœnales autem Prætoriæ, exceptis Furti, ejusque similibus Actionibus, spatiô unius anni concluduntur, *dict. L. in honorarijs*, & textus *in principio Inst. de Temporal. & perpetuis action.*

Secundò differunt, quòd Actiones rei persecutoriæ, ex contractibus descendentes, ad hæredes soleant transire, etiamsi in illis dolus, seu delictum versetur *L. ex contractibus ff. de Action & Obligat. DD. ad §. 1. Instit. de Perpetu. & tempor. action.* Actiones autem merè pœnales non sunt transitoriæ ad hæredes nisi lis cû defuncto fuerit contestata *L. 26. ff. de oblig. & action.* ratio differentiæ fundamentalis est, quod Actiones pœnales profluant ex delicto; delictum autem ità afficit personam, ut extra illam, seu ob illa nulla possit transferri relatio, nec quidem in hæredem, cùm ille nec delicti successor esse, nec propter nimiam personalitatem defunctû repræsentare queat: è diverso in contractibus, & conventionibus longè alia militat ratio, in quibus equidem etiam obligatur persona contrahens, at non immediatè propter seipsam, sed potiùs propter res, quoniam omnis & ultimatus conventionum finis est, ut ab eo, cùm quo contrahimus, aliquid consequamur, ità, ut ex suis bonis aliquid nobis dare, vel ad lucrum nostrum facere teneatur, ergo in quem patrimonium defuncti transit, ad eum quoque obligatio concomitanter 6

ter pro onere, vel commodo hæredis devolvitur. Ratio autem cur Actiones pœnales, ex delicto ortæ, post litis contestationem ad hæredes defuncti transeant, in promptu est, cùm per litis contestationem inducatur novatio, adeóque per eam prior obligatio novatur, & inducitur obligatio ex quasi contractu descendens *per L. 3. §. 11. ff. de Peculio.*

7 His obstare videtur *L. 3. §. quòd autem 5. ff. Quod quis iuris in alterum*, quô locô asseritur, pœnam transire in defuncti hæredem, tametsi lis non sit contestata. Oldendorp. *Class. 1. Actione prima n. 6.* putat hanc Actionem à reliquis, cùm ea summa æquitate nitatur, habeátque simul adjunctam publicam utilitatem, exceptam esse, ac per consequens *allegatum in contrarium textum* loqui de casu excepto. Mihi tamen haud inconvenienter dici posse videtur, nomine pœnæ in *præcitato textu* intelligi veram rei persecutionem, quòd ex figuratione casûs elucescit, quando videlicet Titius impetravit jus iniquum, quô Mævio suo creditori denegaretur Actio, per quòd Mævius factus est locupletior, si exinde Titij hæredes adversus Mævium ex eodem jure, vel casu agere intentaverint, merito illis denegabitur Actio, quasi in persecutionem illius, quò Mævius locupletior factus erat. Minùs obstat *L. 2. ff. de Leg. jul. repet.* ubi actio ex Delicto intra annum adversus hæredes competere dicitur, illud enim specialiter in odium Officialium, & administratorum introductum, & à regula *in L. 1. Cod. de Delictis defunct.* exorbitans esse existimo.

Huic firmatæ Regulæ, & Sententiæ, quoque graviter obstare videtur, quòd, si Actiones pœnales ex delicto descendentes, non transeant contra hæredes, sanè iniqua alteri inferatur conditio, præsertim eo casu, quo damnum actori à defuncto fuit datum, & locuples hæreditas ad hæredem pervenit. Cui oppositioni nihil aliud reponere possum, quàm antiquam Juris rationem, cui Veteres plurimùm tribuerunt, quod nempe ex causâ delicti successio, & repræsentatio defuncti locum non obtineat, *dict. L. 1. Cod. de Delictis defunct.* Et quemadmodum plurimi admittunt, aliter esse de Jur. Can. per tex. *in c. final. ext. de Sepulturis.* Bruneman. *in L. 27. §. 8. ff. ad Leg. Aquil.* Molina *de Justit. & jure Tract. 2. disp. 697.* Ità puto Sanctionem, seu Statutum, quòd ex delicto defuncti hæredem in solidum obligaret, à ratione Juris haud alienum fore. 8

Objicies contra superius dicta, quòd nec Actiones rei persecutoriæ ex contractu ortæ, præsertim quando dolus in illis versatur, indistinctè adversus hæredes defuncti porrigantur, quemadmodũ patet ex *§. 1. Inst. de perpet. & temporal. action.* in verbis *aliquando tamen etiam ex contractu Actio, contra hæredes non competit, veluti cùm testator dolo-* 9

dolosè versatus est, & ad hæredem ejus nihil ex dolo pervenit. Pro defendendo Justiniano, & differentia prius allata, varij varia commenti sunt; Schambog. quem sequuntur Bronchorst *Centuria 4. assert. 36.* Ludweel. *de Reg. jur. in L. 152. §. fin.* & alij asserunt *in dict.* §. intelligi actionem Depositi, in casu miserabili celebrato, quæ datur adversus inficiantem in duplũ, in ejus hæredẽ autẽ intra, & post annũ in simplũ *L. 18. ff. Depositi,* & licèt illa Actio pœnalis dicatur, eam tamen ex contractu totam esse, atque ideo non ineptè dici, in hæredem in solidum non dari; quæ tamen assertio mihi ex eo extremè suspecta est, quod illa actio Depositi ex dolo defuncti non in quantùm pervenit, sed in solidum detur, quamvis enim in duplum non detur, simplum tamen, licèt etiam nihil pervenerit, totum perse-

10 quitur *L. 18. ff. Depositi.* Mynsinger *eod. n. 11.* subaudit actionem de dolo, quæ oritur occasione contractûs, quando nimirum defunctus Dolô malô aliquem ad contrahendum induxit; qui aliàs ad contrahendum neutiquam erat inclinatus, in eo enim casu Actio non datur contra hæredem, nisi in quantum pervenit. Quoniam autem actio de Dolo juxta cõmunem nunquam competit, quando alia Actio datur *L. 1. §. 1. & 4. L. 7. §. 4. ff. de Dolo malo.* in casu autem, quo dolus dedit causam contractui bonæ fidei, decepto non modo condictio sine causa, quia res per talem contractum nulliter celebratum translata, penes decipientem sine causa exstat, accommodari potest, sed etiam non improbabiliter Actio ex vendito, cùm illa non tantùm oriatur ex contractu valido, sed etiam invalido *L. 62. §. 1. ff. de Contrah. empt. & vendit.* ideo opinio Mynsingeri in dubio & primo probando supposito fundatur. Arnoldus Vinius in sæpè jam *dict. §. n. 7.* affirmat Justinianum intellexisse illas, quæ originaliter quidem ex contractu descendunt, propter dolum tamen seu delictum concurrens, ex parte rei pœnales sunt, eò quòd factum coërceant, & in dolum concipiantur. quales sunt actio in Factum, quæ adversus falsum tutorem datur *L. 9. §. 1. ff. Quod falso tutore authore gest.* & actio in Factum, quæ conceditur contra mensorem qui falsum modum dicit *L. 3. §. 5. ff. si Mensor. fals. mod.* Quanquam etiam propositio hujus opinionis menti Justiniani haud multùm disconvenire videatur, subjecta tamen exempla huc non pertinent. Quoniam juxta plurimos eæ Actiones non ex contractu, sed ex delicto enascuntur, & ideo vix, ac ne vix quidem difficultatem tollit. Brune- 11

man. *ad Instit. eod. §.* putat Justinianum loqui de contractibus stricti juris, utpote, quibus præstatio doli non ipso jure inest; adeóque decepto datur actio de Dolo *L. 7. ff. de Dolo malo*: Cum autem actio de Do-

Dolo non ex contractu, sed ex delicto descendat, haud dici potest agi ex contractu, sed verè ex delicto agitur, ac propterea ad difficultatem tollendam non videtur multúm deservire. Alij denique, inter quos est Wisenbach *in L 44 ff. de Reg. iur.* propugnant *dict. §. aliquando ex dict. L. 44. & L. 157. §. ult.* malè, & incorrectè desumptum esse. Mihi sanè ex his responsionibus nulla displicere potest, prææteris tamen resolutio arrideret, quam astruit Lauterbach *in disp. de Transactione, act. thes. 25.* quod videlicet Justin. in *dict. §.* illas actiones subaudiat, quæ quidem ex contractu nascuntur, sed ob delictum concurrens ex parte pœnales habentur, cum factum & dolus puniatur, sicut est actio tributoria quæ dolum malum domini in distributione commissum coërcet, *L. 7. §. 2. ff. de act. tribut.* & in hæredem solum datur de eo, quod ad illum pervenit. *dict. L. 7. §. ult. & L. 9. §. 2. ff. eodem.* Quibus præmissis.

12 Dubium est ulterius, quid sit sentiendum de actionibus rei persecutorijs ex delictis descendentibus, an nempè illæ ad hæredes transeant, vel non. Eas ad hæredes defuncti in solidum transire, præter alios tenet Vinn. *in §. 1. Inst. de perpet. & tempor. action.* quam suam opinionem primò ex eo stabilire conatur, quòd condictio furtiva sit notoriè actio rei persecutoria, ex delicto descendens, quæ tamen adversus hæredes furis, licet nihil ad eos pervenerit, in solidum transmittitur, per textum *in L. 7. §. 2. ff. de condictione furtiva.* Secundò, Actio rerum amotarum, quæ non minùs ex delicto descendit, *per L. 1. & 2. ff. Action. rer. amot.* & solidè probat Bachov. *in Tractat. de Action. disp. 5. thes. 8.* etiam porrigitur adversus hæredem uxoris, quidquam ex patrimonio mariti amoventis, in solidum, per *L. 21. §. penult. ff. eod.* ubi æquiparatur condictioni furtivæ, quod magis confirmatur *ex L. 6. §. 4. ff. eod.* in verbis, *item hæres mulieris ex hac causa tenetur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva.* quemadmodum igitur hæres furis in solidum tenetur, condictione furtiva conventus, ità non minùs hæres mulieris actione rerum amotarum in solidum tenetur. Tertio probatur ex generali regula, quæ habet, quòd, quotiescúnque actio in hæredem dari dicitur, toties eam in solidum dari intelligatur; quoniam quando actio solummodo in quantum pervenit, datur, illud semper vel exprimitur, vel in hæredem dari omninò negatur, *L. 23. §. 8. ff. ad Legem Aquil. L. 13. ff. de servo corrupto. Aliique textus in copia ab ipso* Vinn. *citati.* Ultimò confirmat suam sententiam *ex §. 9. Inst. ad Leg. Aquil.* ubi negatur actionem ex Leg. Aquilia ad hæredem transire, non ex ea ratione, quòd ex delicto descendat, sed quia pœnalis est, per verba: *transitura fuisset, si ultra dam-*

damnum lis nunquã æstimaretur.

Tametsi ista Sententia speciosa fundamenta obtinere videatur, 13 contrariæ tamen inhærens cum communi affirmo, actiones rei persecutorias ex delicto ortum habentes adversus hæredes defuncti ad instar actionum pœnalium non porrigi, nisi quid ad eos pervenerit. Probatur per textus inevitabiles in *L. 1. §. ult. ff. de eo, per quem fact. erit, quo min. quis in judic. sist. L. 16. & 17. atque 19. ff. quod met. caus. L. 17. §. 1. L. 26. & 27. ff. de dol. mal. l. 1. §. fin. L. 5. L. 6. & L. 7. ff. de alienat. judic. mutand. caus. fact. L. 3. §. penult. ff. si mens. fals. mod. dix. L. 44. ff. de R. J.* in quibus omnibus pro regulâ statuitur, quòd actiones rei persecutoriæ ex delictô descendentes non dentur in hæredes, nisi in id, quod pervenit: 2.dò probatur ratione, quoniam delicta ità afficiunt personam delinquentis, ut extra illam obligatio inde descendens transferri non possit; quòd autem teneantur, in quantùm pervenit, non provenit ex obligatione delicti, sed ex ipsa re, Bachov. *in Tractat. de Action. disp. 5. thes. 4.* Quia turpia lucra etiam ab hæredibus extorquenda sunt, licèt crimina extinguantur *L. 5. ff. de calumniat.* nec enim ratio juris patitur, ut quis alieno scelere ditetur *L. unica Cod. de Delictis defunct. &c. L. 1. §. ult. ff. de Eo per quem factum est &c. L. 9. §. 1. ff. Quod fals. tut. L. 4. §. ult. & sequentibus L. L. ff. de Alienatione judicij mutandi causa fact.*

Ad primũ igitur fundamentũ Vin. 14 repono, condictioné Furtivam esse Actionem irregularem, & in odium furum plura specialia continere, adeóque & ego in hoc casu, quod nimirum porrigatur ad hæredes in solidum, speciale esse admitto, cum Prænobili & Clarissimo D. Doctore Basso in Sandersdorff & Mendorff, &c. *in suis 50. Decis. decis. 28. n. ult.* Nec urget secunda ratio cum Actio Rerum amotarum in successores Mariti non in solidum, sed in quantùm pervenit, concedatur, textus est apertus *in L. ult. Cod. Rer. amot.* quem textum præter alios solidè exponit Gyphanius in *Cod. eod.* Nec obstat illa comparatio ex condictione Furtiva facta, sicut enim omnis similitudo claudicat, ità istæ duæ Actiones, etiamsi in multis valdè similes sint, in hoc tamen differunt, cùm in illa *L. 6. §. 4. ff. de Action. rer. amotar.* non est quæstio in quantum, sed an Actio hæc transeat ad hæredes, Gyphanius *in dict. L. n. 3.* Rationem autem, cur hæc Actio lenior est, quàm condictio furtiva, vide apud Wisenbach *ad Pandectas in tit. de Act. rer. am.* Nulla ergo necessitas erit *L. ult. Cod. de Rerum amot.* de quota hæreditatis accipiendi, ità, ut sensus illius sit, *quòd hæres Uxoris res mariti amoventis, teneatur in tantùm, in quantùm hæres est, ratione autem rerum amotarum in solidum.*

lidum. Circa tertium oppositum videtur potiùs esse generalis regula in contrarium, quod nulla Actio ex delicto descendens, in hæredem delinquentis extendatur, nisi ratione rei, vel lucri ex delicto obtenti *L. 1. Cod. de Delictis defunct.* propter rationem à me in decisione datam, quam regulam nullo modo ad Actionem solummodo pœnalem restringendam esse admitto. Præterea *ex textibus* à Vinn. *citatis*, solùm argumentum à sensu contrario deducitur, quòd in hoc speciali casu, ubi contrarium est in Jure expressum, nihil roboris astruit. Nec momentosa est ratio in allegato §. 9. *Inst. de Leg. aquil.* quia ea non est genuina, cur in hæredes non detur, Lauterbach *ff. ad L. aquil. thes. 22.* sed potiùs ad subjectam materiam restringenda, & verba: *alias transitura fuisset:* eo intelligenda, ut subaudiatur, nisi ex delicto descenderet & quidem tali, quô patrimonium delinquentis non augetur, per ea, quæ tradit Bachov. *in §. ult. Inst. de Obligat. qua ex delicto nasc.* nec enim credo, Imperatorem tot expressos Juris textus, & rationes per illam singularem argumentationem mutare voluisse, notum enim est, rationes Juris non semper esse apodicticas, & ab universali concludere. Cujaci. *in Recit. ad tit. Cod. de quæst.* Lauterbach *in Disput. de transit. Act. thes. 35.*

35 Dubium est tertio, an Actiones ex delicto descendentes saltem hæredibus actoris concedantur? quo loco regula quidem est, quod omnes Actiones sive ex delicto sive ex contractu oriantur, hæredibus ipsius actoris indulgeantur, §. 1. *Inst. de Perpet. & temporal. action.* circa illas tamen, quæ descendunt ex delicto, faciendum est discrimen, an illæ pro rebus ablatis recuperandis, aut vindicandis delictis, quibus ex patrimonio aliquid ademptum est, an enimverò dentur pro injurijs personis illatis vindicandis. Priores regulariter dantur hæredibus actoris, quia cessat omnis ratio meræ personalitatis, quæ impedit repræsentationem in hærede rei, in hærede enim actoris hæc repræsentatio commodè salvari potest, quoniam aliàs per mortem alterius melior fieret conditio delinquentis, Bachov. *in Tract. de Action. Disput. 5. thes. 27.* posterioris generis sunt à regula exceptæ, & nec hæredibus actoris competunt, & quidem primò actio Injuriarum, & aliæ, quæ vindictam, seu ultionem spirant, *dict. §. 1. Inst. eod.* qualis inter alias est, condictio de Revocandis donationibus ex capite ingratitudinis. Secundò excipitur Actio, quæ propter temerè, & absque venia in jus vocatos parentes, datur adversus temerè vocantes *L. penult. ff. de In jus vocand.* Tertiò actio de Calumn. illa enim non magis hæredi actoris conceditur, ac ipsa injuriarum actio *L. 4. ff. de Calumn.* quoniam sufficit, competere con-

dictionem ob Turpem causam pro repetendo id, quòd intuitu negotij inferendi datum est. Quartò actiones Populares hæredibus, ut hæredibus non, sed ut cuilibet de civibus competunt, *L. 4. ff. de Action. popular.* tales enim Actiones nec in hæredes nec hæredibus dantur. Ea propter dicitur, alias Actiones esse, quæ dantur hæredibus, & in hæredes; quales ex contractu, vel quasi, sive illæ Prætoriæ sint, sive Civiles: Alias esse quæ quidem hæredibus dantur, non autem in hæredes, tales sunt Actiones ex delictis, vel quasi descendentes, observata tamen priori distinctione: alias denique esse quæ nec hæredibus, nec in hæredes dantur, quemadmodum modo deductum est.

16 Tertia differentia est, quòd, si actio pœnalis contra plures competit, uno pœnam solvente reliqui non liberentur, *L. item Mela §. 2. ff. ad Leg. aquil.* cùm delictum obliget *in solidum. L. 8. & 9. ff.* de *Jurisdict.* Si enimverò Actio rei persecutoria adversus plures datur, uno solvente reliqui liberantur, *L. 3. §. 1. ff. de Duobus reis stipula.* cùm bona fides non patiatur, ut idem bis petatur; *L. bona fides 57. ff. de Reg. jur. cap. bona fide eod. in sexto.* Ergo unius solutio omnium obligationem expungit. *L. 3. ff. si Mensor fals. mod.* Wesenbec. *ibi n. 4. DD. ad L. 17. ff. de O. & A.* Adverte tamen hanc differentiam obtinere quidem in Actionibus pœnalibus ex veris maleficijs profluentibus, in ijs autem, quæ ex quasi delictis propagantur, aliud est receptum, in quibus uno solvente reliqui semper liberantur, etiam quoad pœnam, *L. 3. & 4. ff. de His qui effud. vel dejec.* Ratio fundamentalis est, quia hic plures non ideo tenentur, quòd deliquerint, sed magis propter incertitudinem, & præsumptam ex facto alieno culpam, *L. 2. ff. dict. loc.* Struvius *eod. Syntag. jur. civil. exercit. 14. thes. 33.* Jason. *in §. pœnales Inst. de Action. n. 25.* ubi *n. 26.* alias limitationes addit, inter quas notabilis est exceptio in actione de Rationibus distrahendis, ea quippe adversus tutores rem pupilli contrectantes in duplum datur, adeóque pœnalis est, uno tamen solvente reliqui liberantur, *L. 55. §. 1. in fine ff. de Administrat. tutel.* ratio est, quia isti non ut fures, sed ut perfidè agentes conveniuntur, & velamen administrationis furtum obtegit. Manz *in Tract. de tutel. & rationibus distrahendis num. 137.* ultimò distant actiones pœnales, & rei persecutoriæ, quòd actiones pœnales sint odiosæ, adeóque restringendæ, *L. penult. ff. de pæn.* rei persecutoriæ verò favorabiles. *arg. L. 35. ff. de Oblig. & action.* Eckolt. *ff. eod. §. 43.*

Tertium hujus divisionis membrum est, quòd Actiones aliæ dicantur Mixtæ, & hoc quidem in multiplici sensu, aliæ enim dicuntur Mixtæ in eo sensu, ut partim Reales, 7

les, partim Personales esse videantur, DD. *in §. 20. Inst. de Action.* in quo sensu omnem mixturam, superiùs rejeci. Secundò dicuntur actiones Mixtæ, quæ quidem ex natura sua, & causa materiali Personales sunt, ex parte autem objecti, seu rei, quàm persequuntur, Reales, tales enim communiter dicuntur in Rem scriptæ, cùm contra naturam Actionum Personalium quemcunque sequantur possessorem, quemadmodum videre est in actione quòd Metus causa, *argum. L. 9. §. ult. L. 14. §. 3. ff. Quod metûs causa*, & actione ad Exhibendum, *L. 3. §. ult. ff. ad Exhibendum.* Tertiò tales sunt actiones noxales; *L. 11. L. 12. & 13. ff. de noxal. action.* 4. actio ex statuto, quæ indulta est pro jure retractûs: 5. actio aquæ pluviæ arcendæ; *L. 12. ff. de aq. & aq. pluv.* 6. varia indicta. 7. actio de peculio. *L. 27. ff. de pecul.* tametsi spectata rei veritate propriè Mixtæ dici non possint, illa enim Actio, quæ de accidenti ex una parte participat, ex altera autem de origine, non dicitur mixta. Gom. *in §. 20, Inst. de Action. n. 29.* Lauterbach *ad tit. Pandect. ad Exhiben. thes. 5.* Tertiò dicuntur Mixtæ actiones, quæ partim pœnam, partim autem rem ipsam persequuntur, *§. 19. Inst. de Action.* Harum autem duplex est genus; aliæ enim ex naturâ suâ mixtæ, aliæ ex accidenti tantùm sunt. In censum priorum vocantur actio vi bonorum raptorum, quæ datur in quadruplum, cui inest simplum, *text. in princ. Instit. de vi bon. rapt.* actio servi corrupti, quæ concipitur in duplum, cui inest simplum, actio de calumniatoribus, *L. 1. ff. de calumniat.* Actio condictitia sportularum. *§. 24. Instit. de action.* Ex accidenti evadit mixta actio depositi in casu miserabili, *L. 1. §. 1. 2. & 3. ff. depos.* actio personalis ex testamento, quæ competit pro legato pio, *§. 26. Instit. de action.* actio Legis Aquiliæ; *L. 23. §. 10. ff. ad L. Aquil.* Quartam mixturam assumunt illæ, in quibus quivis ex litigantibus, actoris, & rei partes subire potest. *L. in tribus 13. & sequenti ff. de Judiciis* & specialiùs in *L. inter cohæredes 44. §. qui familiæ L. 4. ff. Familiæ herciscunda* de quibus DD. *in §. 20. Inst. de Action.*

OBSERVATIO VI.

De quarta Actionum divisione, in actiones, quæ in simplum, duplum, triplum & quadruplum conceptæ sunt.

SUMMARIUM.

1. *Dilucidatur divisio.*
2. *Quæ in duplum?*
3. *Annumerantur Actiones in triplum, & quadruplum.*
4. *In quo sensu nulla detur ultra quadruplum.*
5. *Sensus* L. 3. §. ult. ff. de Calumniatoribus.
6. *Exponitur sensus* L. ult. Cod. de His, qui à non domino manumitt.
7. *Dilucidatur* L. penult. Cod. de Servis fugitivis.
8. *Quid juris in pœna conventionali?*
9. *An pœna Conventionalis possit excedere duplum, & ibi varia distinctio.*

1 QUarta principalis Actionum divisio à causa formali proficiscitur, & dividuntur in illas, quæ in simplum, duplum, triplum, & quadruplum conceptæ sunt, ulterius autem, nimirum suprà quadruplum nulla actio protenditur. §. *omnes 21. Inst. de Action. & ibi. Interpretes.* In simplũ competunt omnes actiones Rei persecutoriæ, sicut liquet *ex §. 22. Instit. de Action.*

2 Quæ autem in duplum competunt, pariter desumuntur, *ex §. 23.* qualis est actio *Furti nec manifesti*, Actio *Leg. aquil. in casu inficiationis à delinquente facta*, Depositi *in casibus miserabilibus*, Servi corrupti &c.

3 Actionis in triplum ampliatæ exemplum est in condictione, quæ competit adversus illum, qui in libello majorem summam vera æstimatione tantùm ideo complexus est, ut Apparitores, seu, sicut antiquitus, Viatores, majores consequerentur Sportulas, §. *24. Inst. eod.* Actiones queis agitur ad quadruplum, enumerantur §. *25. Inst. eod.* tales sunt *actio Furti manifesti*, actio *de Calum.* actio *quòd Metus causa, in causa contumaciæ, seu contemptus, & alia plures.*

Porro superiùs dictum est, nullam Actionem excedere quadruplum, quod subaudiendum est de pœna à Lege constituta, & quadruplo illius, quòd actori ex culpa adversarij abest, quoniam interesse damni emergentis, vel lucri cessantis sæpè longissimo intervallo excedit rem 4

ipsam

ipsam, per quam damnum est datum, *L. quo naufragium §. ult. ff. de incendio ruin. naufrag. & L. Julianus in principio ff. de Actione empt.*

5 Objicies. *Ex L. 3. §. ult. ff. de Calumniat.* ille, qui à me accepit pecuniam, ne mihi negotium facesseret, & pariter à te, ut mihi inferret negotium, tenetur ultra quadruplum, imo tenetur ad octuplum, ergo etiam Actiones persequendo Legalem pœnam protenduntur ultra quadruplum. Respondeo, non esse in hoc casu unam ex una causa descendentem, sed duas Actiones, quarum quævis in quadruplum datur, adeóque nullo modo assertioni meæ adversatur.

6 Objicies secundò *L. ult. Cod. de His qui à non domino manumissi*, quo loco ille, qui alienum servum coram Principe manumisit, in pœnam Domino servi manumissi duos alios servos, Fisco autem tres dare astringitur, atque ideo etiam respectu ejus, quod actori abest, ultra quadruplum Actio datur. Resp. quòd Actiones ultra quadruplum non dentur, intelligenda sunt de Actionibus Civilibus, non autem de accusationibus, aut punitionibus Criminalibus, ubi videlicet pœna extra ordinem indicitur, & applicatur Fisco. Bachov. *de action. disp. 5. thes. penult.* Menoch. *de arbit. judi. Lib. 2. cas. 260.*

7 Objicies tertiò *L. penult. Cod. de servis fugitivis*, ubi ille, qui Servum fiscalem, seu Reipubl. malitiosè occultavit, 12. libras auri pœnæ nomine Fisco inferre debet, quæ pæna haud dubiè exsuperat quadruplum rei æstimatæ; cui oppositioni, quemadmodum prioribus, facilis est solutio, in allegatâ enim *L. penult.* pœna haud exprimitur relatione habitâ ad rem ipsam, vel simplum, per verba multiplicativa, sed pœna ibi per se absque habito respectu ad simplum, adeóque quæstio de excessu quadrupli nulla est, Donell. *de Action, in §. omnes n. 2. in fine.* Bruneman. *in dict. L. in fine.*

Dixi priùs, Constitutionem hanc intelligendam esse solùm de pœna Legali, pœna quippe conventionalis vix hîc controverti potest, quoniam illa etiam in majorem summam concipi, & constitui potest, atque fermè semper permittitur arbitrio contrahentium; *L. stipulatio ista §. alteri ff. de Verb. Oblig.* ità quantumcunque illud sit, quòd in stipulationem deductum, constanter tamen simplum censeri debet, non duplum, aut triplum, qui enim sibi pœnam stipulatur, eam per se, & unam simpliciter stipulatur, nulla facta comparatione alicujus simpli, tametsi Jason *Instit. de Action. in §. omnes n. 12.* neget posse pœnam etiam conventionalem excedere quadruplum casu, quo talis pœna per Verba multiplicativa dupli, aut tripli designatur. 8

Ut igitur res clariùs dilucidetur, videndum est, an pœnalis Conventio præcisè constituatur ad coërcendum promissorem, qui promissa 9

non

non præſtat, vel potiùs ad conſervandam indemnitatem creditoris? In priori caſu mihi videtur probabiliſſimum, poſſe pœnam conventionalem, cujuſcunque denique ſit quantitatis, validè interponi, *L. 38. §. 17. ff. de V. O.* ubi in fine leguntur hæc verba: *pœnam enim cùm ſtipulatur quis, non illud inſpicitur, quid interſit, ſed quæ ſit quantitas, quæque ſit conditio ſtipulationis.* Si autem ſtipulatio pœnalis ſubjicitur ad conſervandam indemnitatem creditoris, tunc enim videndum eſt, an aliud incertum per priorem conventionem ſit promiſſum, in quo caſu ſimiliter pœna conventionis, quâcunque quantitate denique ſit determinata, valebit, per ea, quæ tradit Bachov. *ad Treutl. diſput. 23. theſ. 4. litt. F.* Si enimverò per priorem Conventionem aliquid certi promiſſum eſt, tunc quæſtio non adeò indubia eſt, an pœna conventionalis ultra duplum protendi poſſit? Negativa aſſertio ex eo ſuaderi poteſt, quòd duplum ſit terminus, & modus illius, quod intereſt, *L. unica Cod. de Sententia quæ pro eo quod*: talis autem pœna loco intereſſe eſt ſubrogata, ergo ſapit naturam illius, in cujus locum eſt ſubrogata. Hâc tamen ratione non obſtante, cum Bachov, *dict. Diſput. 23. theſ. 4. litt. D.* Fachinæ. *Controverſ. l. 1. cap. 50.* Lauterbach. *Diſput. de Pœna conventional. theſ. 28.* cenſeo, pœnam conventionalem etiam eo caſu ultra duplum extendi poſſe; ratio eſt partim, quod pœna circa emptionem, & venditionem in caſum evictionis conſtituta, haud dubiè ad conſervandam indemnitatem creditoris adjecta ſit, per textus in *L. 60. & L. 70. ff. de Evict.* & tamen adjudicanda eſt, licèt ultra duplum, in triplum vel quadruplum concepta ſit: *L. 56. ff. eodem.* partim etiam quòd, quando quis pœnam ſtipulatus eſt, non inſpiciatur, quid interſit, ſed quæ ſit quantitas, quæque Conditio ſtipulationis, *dict. L. 38. §. 17. ff. de V. O.* partim denique probatur ex generalibus regulis, quòd nempè contractus ex conventione, & pactis legem accipiant, pacta, & promiſſa ſervanda ſint. *L. 1. §. Si conveniat. ff. de Pact.* Fachinæ *dict. loc.* quod tamen ſub eo moderamine eſt intelligendum, ut non fiat, aut fieri poſſit in fraudem legitimarum uſurarum, *L. 44. ff. de Uſur. & L. 15. & 16. Cod. eod.* cenſetur autem in fraudem uſurarum factum, quando vel expreſſè dictum eſt, ut debitor in caſu non ſecutæ præſtationis, loco uſurarum quid ultra, & legitimum uſurarum modum exſuperans, ſolvat, aut ſi in obligatione quantitatis, vel frumenti, aut pecuniæ, pœna tanquam acceſſio in caſum non factæ determinato tempore ſolutionis, promiſſa eſt. *dict. L. 15. & 16. Cod. de Uſur.*

OB-

OBSERVATIO VII.

De quinta Actionum divisione in actiones bonæ fidei, & stricti juris.

SUMMARIUM.

1. *In quo sensu accipiatur* bona fides?
2. *Et* 3. *Unde hæc divisio sit orta?*
4. *&* 5. *Quæ sint Actiones* bonæ fidei, & stricti juris?
6. *Cur Prætor in Actionibus stricti juris tam angustam formulam præscripserit?*
7. *Exponitur sensus* L. 8. Cod. de Judiciis.
8. *Dissolvitur alia objectio.*
9. *Dolus dans causam contractui bonæ fidei annullat contractum.*
10. *Secus in stricti juris contractibus.*
11. *&* 12. *Quid sit dolum dare causam contractui, & quid dolum incidere in contractum?*
13. *Primum argumentum Ultramontanorum.*
14. *Ejus resolutio.*
15. *&* 16. *Secundum argumentum, & ejus resolutio.*
17. *Removetur alia instantia.*
18. *Proponitur tertium Ultramontanorum argum:*
19. *Responsio communis.*
20. *&* 21. *Secunda & tertia differentia inter Actiones bonæ fidei, & stricti juris.*
22. *Explicatur quarta differentia.*
23. *Quinta differentia proponitur.*
24. *An rem deterioratam accipiens sibi præjudicet?*
25. *Rejicitur differentia Joannis Fabri & Schneidevvini.*
26. *Proponitur sexta differentia.*
27. *Explicatur* L. 3. §. 3. ff. commodati.
28. *Probatur idem esse in Actionibus stricti juris.*
29. *An exceptio doli, Actioni stricti juris opposita, faciat eam bonæ fidei?*
30. *Exponitur* L. 42. ff. de Mortis causa donation:
31. *An de Jure Canonico hæ differentiæ sint sublata?*

1 PRo dilucidanda hac divisione prævie notandum est, vocabulum *bona fides*, hoc loco in eo sensu non accipi, quatenus opponitur malæ fidei, & usurpatur *in L. 1. Cod. de Rescind. venditione.* & *L. 68. ff. de Contrah. empt. l. 3. §. ult. ff. pro Socio,* aliisque passim occurrentibus textibus; in quo sensu accepta bona fides in omnibus Actionibus esse debet, *L. bonam fidem Cod. de Oblig. & action.* quo modo etiam plures Actiones ex æquo, & bono, quemadmodum actio Funeraria, *L. 14. §. 6. ff. de Religios. & sumpt. funer.* condictio Indebiti,

 L. 66.

L.66. ff. de Condict. indeb. oriri dicuntur, sed vox *bona fides* hic significat æquum, & bonum, in quo sensu opponitur stricto, & rigido Juri, sicut desumitur ex *L. eas Obligationes 8. ff. de Capite min.*

2 Quo prænotato, & ne origo hujus divisionis penitus ignoretur, eam inde profluxisse arbitror, quòd antiquitus Romæ Prætores sublimioribus & publicis negotijs impediti, privatas causas Judicibus, ut vocabant, pedaneis committere solerent: *L. placet Cod. de Pedan. judicib.* & quidem partibus summariè auditis formulam quandam Judici pedaneo transferendam dabant, quæ in contractibus stricti juris verbis contrahentium conveniret, & in ea verba, quæ contrahentes usurpaverant, præscribebatur, *E. g. si apparet Titium Mævio centum ex mutuo dare oportere, eum condemnato;* aut: *si apparet, Cajum Sempronio ex stipulatu mille dare oportere, condemnato, nisi pactum aut juramentum, ne pecunia ex mutuo, seu ex stipulatu petatur, oppositum sit*, cujus formulæ terminos Judex pedaneus excedere, aut alias exceptiones, in formula non comprehensas, admittere, vel à Prætoris præscriptione, tametsi ei æquum, bonúmque visum sit, recedere nequibat.

3 E contrario in Actionibus bonæ fidei à Prætore Judici pedaneo tam strictè, & præcisè juxta verba contrahentium concepta formula non præscribebatur, sed solùm cum hac clausula *ex bona fide*, cognoscendum permittebatur; Vi cujus clausulæ proinde nec ad strictam Prætoris commissionem, nec tenorem verborum à contrahentibus expressorum astringebatur, sicut præter alios textus *ex L. quidam 54. ff. Locati* patet.

Unde Actiones bonæ fidei sunt, in quibus Judex non tam, quod dictum, seu verborum corticem inspicere debet, sed potiùs, quod officium, & ratio bonæ fidei postulat, ut alteri ab altero præstari oporteat, etiamsi inter contrahentes nihil expressum sit, *§. in bonæ fidei Instit. de Action. L. qui tantundem 7. ff. de Negot. gest.* Bachov. *de Action. disp. 6. thes. 14. & DD. ad §. omnium Inst. de Action.* sicut ex subjectis exemplis res elucescet; quando nimirum tibi vendo equum ornatum, etiamsi de ornamentis nihil in contractu sit conventum, Judex tamen illa, quibus tempore venditionis equus ornatus erat, adjudicabit; *L. dives 28. ff. de Ædilit. edicto L. eum qui 14. §. non solùm 15. ff. de Furtis.* Secundò venditor, licet ea promissa non sit, evictionem tamen emptori cæteráque, quæ moris, & consuetudinis sunt, præstare, *L. quod si nolit. §. 20. ff. de Ædil. edicto.* aliáque damna, quæ dissimulatione, vel reticentiâ, aut dolo unius contrahentis alteri illata sunt, resarcire debet. Videatur Vinn. *in §. omnium à n. 4. & Bachov. in Tractat. de Action. disput. 6. thes. 15.* 4

Actiones autem stricti juris sunt, 5
in

in quibus Judex formulæ à Prætore datæ, & verbis conventionum præcisè alligatus est, nec in plus, nec in minus, quàm quod à partibus expressum sit, reum condemnare potest; *L. quidquid adstringendæ 99. L. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus in fine ff. de Verb. oblig.* Vinn. *dict. loco n. 3. in fine.* quarum Actionum natura ex differentijs, inter has, & Actiones bonæ fidei inferiùs subjiciendis, magis declarabitur.

6 Rationem autem, cur Prætor in Actionibus stricti juris tam angustam, limitatamque formulam definiverit Judici, & in Actionibus bonæ fidei laxiorem, non satis certam investigare possunt Interpretes, quorum multi sunt, qui ad *L. non omnium ff. de LL.* confugiunt, teste D. Rath. *de Action. n. 219.* Arnoldus Vinnius *in dict. §. omnium n. 2.* existimat, cui etiam non dissentit allegatus D. Rath. *eod.* rationem formulæ à Prætore in Actionibus bonæ fidei ampliatæ accersendam esse ex natura, & conditione contractuum, quorum plurimi ità comparati sunt, ut in illis æquissimum sit, laxiorem fieri expositionem, atque Judici majorem interpretandi, judicandique potestatem tribui: quidam contractus autem ità sunt ex natura sua constituti, ut eorum interpretatio intra terminos à partibus decisos circumscribenda sit. Prioris generis censentur illi, qui sunt mutuæ præstationis, & in quibus uterque contrahentium vel principaliter, vel saltem in consequentiam obligatur; in his enim utrinque & quasi communi voto non tam, quid dictum, sed quid æquum & bonum postulat, spectatur; ubi enimverò unus solùm obligatur, tam laxa extensio, & ut quid præstetur, quod expressum non est, admitti non potest, sicut evincit textus *in citata L. 99. ff. de Verb. oblig.* cui rationi, quanquam genuina non videatur, utpote tamen conjecturali, & ego acquiescio, eámque constitutionem circa Actiones bonæ fidei, & stricti juris, etiam hodie, formulis sublatis, re ipsa, & effectu durare, mihi persuasum est, quoniam qualitas conventionum durat, ergo etiam jus, propter quam est constitutum. Bachov. *in Tractat. de Action. disp. 6. thesi 12.*

Huic tamen ità descriptæ divisioni objicitur primò textus in *L. placuit 8. Cod. de Judicijs*, ubi Imperator Constantinus ait, *placuit in omnibus rebus præcipuam esse Justitiæ, Æquitatísque, quàm stricti juris rationem.* Si ergo in omnibus rebus æquitatis ratio servanda, non erit tenendum discrimen inter Actiones bonæ fidei, & stricti juris. Respondeo, in *dict. text. jus constitutum*, quemadmodum dicimus *jus Gentium vel Civile*, intelligi, quòd si summum, seu strictum, & quasi contra mentem Legislatoris est, æquitatis rationem ei præfero, in quo sensu rursus concedo, nullas dari Actiones stricti juris, per ea, quæ tradit Vinnius *dict. §. 2. n. 1.* in mea enim verò assertione strictumjus accipitur pro limitata ju-

judicandi poteſtate, quo intuitu Actiones aliæ ſunt bonæ fidei, id eſt, amplioris poteſtatis, & aliæ ſtricti juris, id eſt, circumſcriptæ poteſtatis. Schambogen *in dict. §. omnium Inſtit. de Action.*

8 Secundò contra hanc diviſionem opponitur, quòd nimirum omiſſæ ſint Actiones arbitrariæ, quæ tamen tertium genus conſtituunt, & ad hanc diviſionem pertinent. Reſpond. Juſtinianus eas mox, & quaſi in uno continuo ſubjicit *in §. præterea*, adeóque perinde haberi debent, ac ſi omnes tres ſpecies uno contextu expreſſæ forent. Porro inter Actiones bonæ fidei, & ſtricti juris plurimæ interponuntur differentiæ, inter quas præcipua eminet,

9 Quòd dolus dans cauſam contractui bonæ fidei illum ipſo jure infirmet, juxta Sententiam Citramontanorum, per *textus apertos in L. & eleganter 7. ff. de Dolo malo L. 3. §. 1. ff. pro Socio*, & ratio eſt, quòd conſentiens ob dolum erret, & non purè, ſed ſub tacita conditione conſentiat, nempe ſi verum ſit illud, propter quod ad conſentiendum inducitur, ergo meritò deficiente conſenſu, contractus bonæ fidei ipſo jure corruit, cùm in contractu bonæ fidei, etiam taciti, & cujus non eſt facta mentio, ex æquo, & bono ratio habeatur. Videatur ſuper hac Diſputatione prolixiùs diſcurrens Bachov. *ad Treutl. diſp. 28. theſ. 2. litt. F.*

10 E contrario in contractu ſtricti juris, ſive dolus causam contractui dederit, ſive denique ex poſtfacto in ſeum inciderit, ipſo jure non invalidat, relicta nimirum ſubſidiaria Actione de Dolo, ad eum reſcindendum, quoniam in hoc caſu nullum aliud competit remedium, quo purgaretur dolus, *L. 1. §. 7. & ſequentibus ff. de Dolo malo.* eo quod in contractu ſtricti juris illud tantummodo attendatur, quod eſt expreſsè actum, conſequenter illa tacita conditio, ſi res ità, aut ſi verum ſit, propter quod ad contrahendum quis inducitur, non obſervatur, adeóque, etiamſi dolus cauſam contractui dederit, tamen purè & abſolutè conſenſiſſe æſtimatur. Quòd ſi autem dolus quidem ab initio non dedit cauſam contractui bonæ fidei, ſed ſolùm ex poſtfacto in eum incidit, tunc per Actionem bonæ fidei, deſcendentem ex illo contractu, talis dolus purgatur. *L. & eleganter 7. §. non ſolùm 3. ff. de Dolo malo. L. Julianus §. ſi venditor 13. ff. de Actione empti.*

Quæſtio autem ulteriùs eſt, quid 11 ſit, dolum cauſam dare contractui, & dolum incidere in contractum. Reſpondeo, prius eſſe, quando dolus in præparatorijs, & initio contractûs adhibetur, & aliquis, qui nec animum nec propoſitum contrahendi, vel alienandi habet, ad contrahendum doloſa perſuaſione diſponitur, & inducitur, quemadmodum deſumitur ex *dict. l. & eleganter*. in verbis *ſin hoc ipſo ven-*

neu-

deret, circumscriptus est. Mynsing. *in §. Actionum n. 11.* Schneidevv. *eod. n. 22.*

12 Dolum incidere in contractum est, quando aliquis quidem ad contrahendum malitiosè non inducitur, sed tamen in eo, quòd contrahit, circumscribitur; puta, pluris emendo, vel minoris vendendo, *L. 11. §. 5. ff. de Actione empti.* videatur Wilenbach. *ad ff. de Dolo malo n. 34.* Porro contrarium observatur in contractibus stricti juris, ubi, sive dolus causam contractui dederit, sive in eum inciderit, nunquam purgatur per Actionem profluentem ex illo contractu, sed indistinctè per subsidiariam, & famosam de Dolo, prior enim non datur nisi de ijs, de quibus inter partes expressè conventum est, atque quando dolum malum abfuturum esse caveri solet: hic autem nil cautum est, sicut suppono, ergo non poterit dari Actio descendens ex contractu stricti juris.

13 Impugnant hanc sententiam Ultramontani, & quod contractus bonæ fidei, queis dolus causam dedit, pariter ac stricti juris valeant, varijs argumentis evincere contendunt, & quidem primò ratiocinantur: Ubi omnia adsunt substantialia, ibi contractus debent valere: atqui in contractu bonæ fidei, cui dolus dedit causam, omnia adsunt substantialia, ergo &c. Minorem probant; si non adessent omnia substantialia, tunc ideo, quia dolus excluderet consensum, hoc tamen neutiquam verificatur, quoniam sicut metus, cui similiter inest dolus & fraudulenta machinatio, *L. item si 14. §. cum qui ff. Quod metus causa.* non excludit consensum, aut tales contractus infirmat, *L. 1. & L. si mulier §. 7. ff. eod.* ità neque dolus liberum consensum removebit, siquidem utrúmque voluntati est contrarium. Ad hoc 14
argumentum variæ à varijs dantur resolutiones, mihi tamen congruenter fundamento paulò ante in decisione dato videtur respondendum, quòd dolo ad contrahendum inductus haud absolutè, sed sub tacitâ conditione consentiat, si verum est, adeóque ea deficiente etiam consensus omnino deficiat, è contra metu impulsus, quamvis non spontaneè, liberè tamen & absolutè consentit, ac per consequens in contractu metu extorto non est absolutus defectus consensûs. Bachov. *in Tract. de Action. disp. 6. thes. 16.*

Instant ulteriùs: illi contractus, 15
qui rescindi jubentur, sunt ipso jure validi, atqui contractus bonæ fidei, quibus dolus causam dedit, jubentur rescindi: *L. 5. Cod. de Rescindenda vendit:* ergo erunt ipso jure validi.

Respond. Vox *rescindi* in *dict. L.* 16
usurpatur paulò largiùs, quatenus nimirũ traditio facta revocatur, & res tradita retrotrahitur, Bachov. *in Treutl. disp. 28. thes. 2. litt. F.* Brunemann. *in dict. L. 5. Cod. eod.* quemadmodum dicitur revocari, seu

ſeu reſcindi libertas in fraudem creditorum data, *L. 1. Cod. qui mannmittere non poſſunt.*

17 Inſtant ſecundò: contractus dotis, tametſi mulier circumventa ſit, nihilominus tamen ipſo jure valet, ſicut patet *ex L. 12. §. 1. de Jure dotium*, ergo data reſponſio non eſt ſufficiens. Hæc inſtantia vix Deciſionem meam infringit, quia ſicut mulier nubendi propoſitum habuit, uti neceſſariò ſupponi debet, ità dolus dationi dotis cauſam dare non potuit, ergo allata *L. 12. §. 1.* de caſu meo non loquitur, quo etiam collimant, & intelligendi ſunt textus *in L. 13. §. 5. & 27. ff. de Emptione.*

18 Secundum præcipuum eorum argumentum eſt. Ex qua cauſa tranſit dominium, aut conditio uſucapiendi, illa haud poteſt eſſe ipſo jure infirma: atqui ex contractu bonæ fidei, cui dolus cauſam dedit, tranſit dominium, ergo non erit ipſo jure nullus. Majorem propoſitionem ſtabiliunt per *L. nunquam nuda 31. ff. de Acqui. rer. domi.* ubi apertè ſtatuitur, dominium nunquam in alium tranſire, niſi præcedente juſta cauſa, eâque habili ad transferendum dominium. Minor autem inde patet, quòd nunquam legatur, ſimili contingentia, ubi videlicet res tradita eſt ex contractu dolo cauſato, dari Rei vindicationem ad eam repetendam, quæ haud dubiè concederetur, ſi dominium rei non eſſet translatum; ſed conſtat potiùs in tali caſu dari ſolummodo actionem Doli ad intereſſe. Quod argumentum ex Bald. *in L. ſub prætext. Cod. de Tranſact.* ità confirmatur: ubi non impeditur translatio dominij, ibi minùs nativitas obligationis, quoniam minor efficacia ad productionem obligationis, & conſequenter valorem contractûs requiritur, quàm ad translationem dominij, *arg. L. & liberi 4. ff. de Contrahenda emptione*, ubi & liberi hominis, & rei ſacræ religioſæque venditio ſaltem ab ignorante facta valere intelligitur, cùm tamen harum dominium in patrimonium noſtrum non cadat.

Ego cum Citramontanis ad pro- 19
poſitum argumentum arbitror, ad translationem Dominij non eſſe neceſſe, ut contractus ſemper re ipsâ ſit validus, ſed ſufficere, ſi adſit voluntas, & poteſtas tradentis, atque cauſa à jure approbata, tametſi ea à parte rei ex aliquo ſubſtantiali defectu invalida ſit; *L. eleganter 7. ff. de Dolo malo. L. 10. Cod. de Reſcindenda vendit. L. 3. Cod. ſi Adverſus libert.* Bachov. *in Tract. de Action. diſput. 6. theſ. 16.* Struv. *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 8. theſ. 30.* Lauterbach. *ad Digeſta de condict. indebiti theſ. 2. & 3.* Quandoquidem autem contractus bonæ fidei, cui dolus cauſam dedit, ſaltem ab initio apparenter, & putativè validus eſt, licet reipſa inutilis, nihil impedit, quominùs per illum dominium transferatur. Ad confirmationem reſpondeo, verum equi-

equidem esse, quòd fortius impedimentum requiratur ad impediendam translationem dominij, quàm nativitatem obligationis, ubi eadem utriusque est ratio, secùs autem, ubi diversa ratio, quemadmodum in hoc casu, obligatio enim oriri non potest sine contractu efficaci, dominium autem ex causa putativa transfertur, ejus enim translatio non in robore contractûs, sed in consensu, & voluntate transferendi fundatur; sicut magis confirmatur partim ex *L. penult. Cod. de Interdict. matri.* quo loco contractus Matrimonij nullus erat, dos tamen non vindicabatur, sed condicebatur, ergo manifestè supponit dominium esse translatum, partim etiam ex *L. 3. §. 8. ff. Causa data causa non secuta*, atque *toto tit. ff. & Cod. de Condict. indeb.* Conferatur hac super re prolixiùs differens Hunnius *in Treutl. Volum. 2. disp. 2. quæst. 10.*

20 Ex quibus, & præsertim superiùs in decisione dictis, secunda fluit differentia inter Actiones bonæ fidei, & stricti juris, quòd nimirum in Actionibus bonæ fidei mox à tempore commissæ moræ usuræ incipiant currere, text. *in L. moræ 23. §. in bonæ fidei ff. de usuris & fructibus, & ibi DD.* è diverso in Actionibus stricti juris usuræ non nisi promissæ debentur, *L. quamvis 3. Cod. de Usuris.* Consulatur de hac differentia post Schneidevv. Vinnius *in §. omnium* Donellus *eod. n. 4.* hodie hæc differentia est abolita, teste Stryckio in *usu modern. Pandectar. tit. de usur. §. 7.* cùm etiam in contractibus stricti juris à tempore moræ in foro & praxi debeantur usuræ. Recessus Imperij *de anno 1600.* §. Soviell nun. & novissim. Recessus Imperij *de anno 1654.* §. anlangent die 174.

Tertia principalis, similiter ex priore deducta, & in pœnâ moræ fundata differentia est, quòd in Actionibus bonæ fidei, in quibus petimus rem nobis debitam, fructus veniant restituendi à tempore moræ, *L. in fideicommiss. & dict. L. moræ §. in bonis ff. de Usuris & Fruct. &c.* In contractibus autem stricti juris solummodo veniunt restituendi à tempore litis contestatæ; *per l. videamus §. 7. ff. dict. tit. l. cum fundus ff. si Certum petatur. L. si filius familias 78. §. 1. ff. de Verb. oblig.* Secus tamen se res habet, si per Actionem stricti juris peto id, quod semel fuit meum, tunc enim etiam in Contractibus stricti juris fructus omnes veniunt restituendi. *dict. L. videamus §. 7. ff. de Usuris & fructibus. L. indebiti 15. ff. de Condict. indebiti. L. in summa §. 5. ff. eod.* Vide Lauterbach *ad ff. de Condict. indeb. thes. 29.* Mynsing. *& DD. in §. omnium instit. de Action.* Singulariter tamen perlustrandus Bachov. *in Tract. de Action. disp. 6. thes. 20.* ubi Antonij Fabri contrarium oppositum exactè diluit. Notanter hic adverte, quòd in actioni-

21

ni-

nibus bonæ fidei etiam illi debeantur fructus, qui sunt percepti intra quadrimestre, quod rebus judicatis est præstitutum, non verò in stricti juris. Glossa in *L. in fideicommissi 3. ff. de usur. & fruct.* ibique Salycet. & Brunneman.

22 Quarta non adeo evulgata differentia inter Actiones bonæ fidei, & stricti juris est, quòd Actionibus bonæ fidei exceptiones ipso jure inesse dicantur, in Actionibus autem stricti juris secùs est, *L. 3. ff. de Rescindenda vendit. L. 21. ff. Soluto matrimonio &c. L. hujusmodi 84. §. qui servum 5. ff. de Legatis* 1. quæ tamen expositio in his terminis proposita obscura nonnihil videtur: ut ergo rem clariùs percipias, intellige, exceptiones bonæ fidei contractibus inesse, nihil est aliud, quàm quod olim Judex pedaneus vi clausulæ *ex bona fide*, in bonæ fidei judicijs exceptiones admittere poterat, tametsi illæ expressæ in formulà non essent, cùm tales vi, & potestate clausulæ & naturâ Actionis ità continerent, ut Judex ex officio earũ rationem habere posset, quod *per L. 38. & ult. ff. de Petitione hæredit.* apertè confirmatur. E contrario in judicijs stricti juris nihil, quod in formula expressum non erat, admittere poterat; unde si talis formula à Prætore data, *si paret reum ex mutuo, vel stipulatu debere decem, nisi pactus sit, vel nisi juraverit &c. Judex condemna:* quas exceptiones pacti, vel juris jurandi, si reus ab initio coram Prætore non proposuit, formulæque non essent adjectæ, frustra eas reus coram Judice Pedaneo allegabat, quia in illis plus non continetur, quàm expressum est. Insunt igitur hæ Exceptiones bonæ fidei judicijs, ità, ut ad Officium Judicis spectet, eas á partibus allegatas æstimare, & cognoscere, quamvis corá Prætore motæ, & formulæ insertæ non sint, & si eas veras esse invenerit, reum absolvat. *L. 84. §. 5. ff. de Legatis* 1. videatur hac de re Donell. *in §. Actionum à n. 27.* Vinn. *eod. n. 4.* Dixi, *à partibus allegatas* ipse enim Judex a partibus omissas in facto consistentes supplere non potest. Bachov. *de Action. disp. 6. thes. 21. & parte 2. ad Treutl. Disput. 27. thes. 7. litt. C.*

Quinta, atque non minùs insignis 23 differentia inter Actiones bonæ fidei, & stricti juris est, quòd in Actionibus bonæ fidei ille, qui rem dat, vel reddit deterioratam, non liberetur à primævâ Actione adversus se instituta, sed illa denuo institui, atque non secus, ac si res nunquam esset restituta, repeti possit. *L. 3. §. 5. ff. Commodati L. 1. §. si res 12. ff. Depositi*, ex ratione quoniam bonæ fidei congruit, ut res integra & in eo statu, in quo præstita est, restituatur, aliàs enim integer, & proprius ejus usus haberi haud posset. In contractibus autem stricti juris, quamvis res deteriorata reddatur, à prima, & originali Actione quis liberatur, ad interesse tamen, seu pretium deteriorationis competit

Actio de Dolo, vel in Factum, *per text. in L. eleganter §. non solùm in fine ff. de Dolo malo. L. exhibitionis 7. Cod. ad Exhibend.* Bachov. *in Tract. de Action. disp. 6. thes. 16.* ubi rationem reddit, quia, quemadmodum dolus dans causam contractui bonæ fidei impedit nasci obligationem, redditque contractum ipso jure nullum, uti priùs ostensum est,ità etiam dolus tantundem operatur in solutione circa dissolvendum contractum, impeditque obligationem dissolvi.

24 Ob eam quoque rationem arbitror, neminem cogi posse in contractibus bonæ fidei accipere rem deterioratam absque pretio deteriorationis, cùm utrumque, res ipsa, & deteriorationis æstimatio una, eadémque Actione petantur, sicut post *Gloss. in L. 33. ff. de Solutionibus* tradit Schneidevv. *in §. Actionum Instit. de Action. n. 46.* Secùs autem est in contractibus stricti juris, ubi res principalis, & deterioratio diversis reposcuntur Actionibus: quodsi autem ultrò rem deterioratam recipiat, dubium restat, an sibi præjudicet? quo loco puto, si quis ignorans rem esse deterioratam recipit, sibi neutiquam præjudicare, secus autem est, si scienter hoc faciat, præsertim eo casu, quo interesse deteriorationis venit jure Actionis, sicut evincit textus *in L. 4. Cod. Depositi*, & ibi Bruneman. *n. ult.* Videatur distinctiùs Paulus Castrensis *in L. exhibitionis 7. Cod. ad Exhibendum num. 4. in fine.*

Illa autem differentia, quam inter contractus bonæ fidei, & stricti juris post Joannem Fabrum proponit Schneidevvin. *in dict. §. n. 19.* quod in Actionibus bonæ fidei, quando videlicet sub conditione, vel ad diem quidquam saltem incertum debetur, in futurum, & nominatim in eventum diei, vel conditionis cautio peti possit, ad cujus robur allegant *L. in omnibus 41. ff. de Judicijs.* mihi constanter suspecta videtur. Quamvis enim *in dictâ L.* hæc verba sint legenda, *si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit*, cùm tamen ex obligatione conditionali, seu saltem in diem incertum concepta, nulla pendente conditione competat Actio pro re principali in contractum deducta, multò minùs pro præstanda cautione Actio dabitur, sed potiùs talis cautio nobili Officio Judicis postulari solet, adeóque in verbis *dict. L.* Officium Judicis subaudiri poterit; nec enim absonum, vel à ratione juris alienum est, ut laxiori modo loquendo decretum Judicis pro condemnatione, & imploratio nobilis Officij pro Actione accipiatur, *arg. L. Actionis 37. ff. de Oblig. & action.* Deinde sæpenumero & in contractibus, seu negotijs stricti juris, sub conditione celebratis, cautio peti solet, quemadmodum in condictione Causa data causa non secuta, præ-

ſtatur cautio de ſervo, qui in fuga eſt, præſtando, per *textum in L. 5. §. 2. ff. de Condictione cauſa data cauſa non ſecut.* Item. *in L. 18. & 19. ff. de Rei vindicat.* & propterea exiſtimat Jaſon, *L. in omnibus ff. de Judicijs* non ſemper de Actionibus, ſeu contractibus bonæ fidei, ſed etiam alijs intelligendam. Videatur Gloſſ. *in dict. L. in omnibus* & Bachov. *in Tract. de Action. diſp. 6, theſ. 25.*

26 Sextam communiter, & quidem vulgatam differentiam inter Actiones bonæ fidei, & ſtricti juris ſtatuunt in eo, quod actiones Perſonales inter plures hæredes pro hæreditarijs portionibus ipſo jure dividantur, tametſi unus ex illis totam rem poſſideat, Brunemannus, & Sichardus in *L. 1. & 2. Cod. de Hæredita. action. L. 1. & 2. Cod. Si unus ex pluribus hæredibus &c.* quam regulam in actionibus Perſonalibus ſtricti juris pro virili, ſeu hæreditaria portione tranſeuntibus, intactam inmutatámque relinquunt, in Actionibus autem bonæ fidei exceptionem faciunt, eo caſu, quo unus ex hæredibus rem poſſidet, & facultatem eam reſtituendi habet, ſtatuúntque illum ad eam reſtituendam in ſolidum conveniri poſſe, *per L. 3. §. 3. ff. Commodati*, aliter autem eſſe in Actionibus ſtricti juris, quibus indiſtinctè hæredes pro hæreditaria portione pulſari poſſunt, *per L. 86. §. penult. ff. de Legatis 1.* quam differentiam ſolidè deducit & remonſtrat Clariſſ. D. Rath. *in tract. de Action. n. 226.*

Salva tamen authoritate tanti viri, hæc differentia mihi dubio non carere videtur, per ea, quæ poſt Bachov. *in Tract. de Action. diſp. 6. theſ. 16.* monet Hartman. Piſtorius *part. 1. quæſt. 21. n. ult.* Certum enim eſt obligationes inter plures hæredes eſſe ipſo jure, & quidem ex *L. 12. tab.* diviſas, ſicut conſtat ex *L. 1. Cod. ſi Certum petat. L. 1. & 2. Cod. de Hæredit. action.* ergo non eſt facile, & absque expreſſa Conſtitutione ab illa regula univerſali recedendum, nec enim *textum in L. 3. §. 3. ff. Commodati*, ſi ejus verba impenſiùs ponderentur, eam vim, & efficaciam obtinere arbitror, ut ob eam à communi regula deviandum ſit, verba enim ità ſonant: *hæres ejus, qui commodatum accepit, pro ea parte, quâ hæres eſt, convenitur, niſi fortè habuit facultatem hujus rei reſtituendæ, nec faciat, tunc enim condemnatur in ſolidum.* ex quibus clare apparet, petitionem in illo textu duntaxat ex parte fieri, ſolam autem condemnationem in ſolidum, ſi reſtituere recuſet, quo faciunt verba, *nec faciat, condemnatur in ſolidum, quaſi boni judicis arbitrio conveniret*, ut eo caſu, quo poteſt, & non vult reſtituere, eum, ſalvo adverſus cohæredes regreſſu, cogat: quæ verba aliud non inſinuant, quàm quòd de rigore juris etiam condemnatio in partem fieri deberet, de æquitate tamen

men habens facultatem rei restituendæ in solidum condemnetur, videatur Ronschegallus *in L. 9. ff. de Duobus reis stipulandi n. 272.* Unde concludendum videtur, non ipsam Actionem contra talem competere, sed potiùs condemnationem ex singulari æquitate, & ob faciliorem executionis modum in solidum fieri.

28 Quod idé in contractibus stricti juris, aut etiá arbitrarijs Actionibus, obtinet, quando nimirum talis casus, uti in interdicto Unde vi, vel in condictione Furtiva, aut actione ex Stipulatu est, E.g. si tres sint hæredes furis, vel spoliantis, aut promittentis, & ad unum ex æquali divisione hæreditatis pervenit res furto sublata, aut ex spolio accepta, atque ille habeat facultatem totius rei restituendæ, insolidum condemnari poterit, *per text. in L. 2. §. in cert. ff. de Stipulat. prætorijs. & in L. 9. ff. de Vi, & Vi armat.* relicto adversus cohæredes regressu. Impugnat hanc assertionem laudatus D. Rath. *dict. n. 228.* quod actio in Factum ex interdicto Unde vi, ideo in solidum adversus unum ex pluribus hæredibus vim facientis porrigi non posset, quia illa non datur adversus hæredes, nisi in quantum ad illos pervenit, consequens est, ut, sicut nullus ex hæredibus tenetur, si nihil ad eos pervenit, ità in solidum teneatur is, ad quem tota illa res pervenit. Hæc tamen instantia mihi videtur repetitio principij, quoniam quemadmodum, quando res defuncto commodata ad plures hæredes, ignorantes esse rem alienam, pervenit, etiam illi, quibus ex æqua divisione hæreditatis hæc res non obtingit, majorem portionem hæreditatis, ob augmentum videlicet, quod res aliena in divisione facit, consequuntur, ità etiam hæredes vim facientis propter rem, ex spoliatione allatam, ex divisione hæreditatis majorem portionem percipiunt, tametsi illa res in specie uni soli obtigerit, adeoque ex spolio defuncti ditiores fiunt, & consequenter dici non potest, nihil ad eos pervenisse, de quo & similibus casibus accipienda videtur *L. 9. ff. dict. loc.* videatur *Gloss. ibi.* Aliter res se haberet, & ab hac quæstione exorbitaret, si supponeretur, divisionem rei hæreditariæ inæqualiter esse factam, & per talem inæqualitatem aliquam rem ad unum solum ex hæredibus pervenisse, quin cæteri majorem portionem assecuti essent; ita juvat ratiocinari. Illam tamen supra assignatam differentiam interim non absolutè rejicio, sed utpote altioris indaginis cuivis expendendam præbeo. Plures atque levioris notæ differentias, inter Actiones stricti juris, & bonæ fidei desiderantem, ad Mynsing. *in §. Actionum & alios ibi* remitto.

Dubium est primò. An exceptio Doli opposita Actioni stricti juris eam efficiat bonæ fidei, quod contendit Jacobus Cujacius *L. 3. Observat. 17. per L. Seria 42. ff.* 29

 de

de Mort. cauſ. donation. in verbis: *bonæ fidei conſtituto*: ubi Judicium Arbitrarium, ſeu Rei vindicatio, oppoſitâ exceptione Doli efficitur bonæ fidei, & *L. ſi adverſus Cod. de Exception.* quo loco apertè dicitur, replicationem doli bonæ fidei Judicium facere, quod approbat poſt Bruneman. *ibi* Vultejus §. *Actionum n.14.* Quam tamen Sententiam acerrimè reprehendit Bachov. *in ſæpe allegato Tractatu de Action. diſput. 6. theſ. 22.* quoniam qualitas & diſtinctio Actionum bonæ fidei ab Actionibus ſtricti juris deſcendit, atque profluit ab ipſa naturâ contractuum, propter quam Prætor adjicit clauſulam ex æquo, & bono, ſeu ex bonâ fide, atque oppoſitione exceptionis Doli naturam obligationis haud mutari poſſe putat. Cui facilè & ego annuo, cùm mihi haud perſuaſum, imo perridiculum videatur, dicere, quòd dolus ab actore in contrahendo fabrefactus obligationem producat, vi cujus quid ex æquo & bono & à partibus non expreſſum præſtari debeat, ac ſtipulatio ſeu mutuũ propter doloſam machinationem, in contrahendo commiſſam, in contractum bonæ fidei transformetur. Quandoquidem igitur his Actionibus ſtricti juris Prætor nunquam ſolitus adjicere clauſulam, *ex bona fide*, abſque tali clauſula autem nulla Actio bonæ fidei eſt, per ſuperiùs deducta, nec ratio ulla occurrere mihi poteſt, quæ exceptioni Doli talem effectum affingeret, conſtanter aſſero, tametſi Actioni ſtricti juris oppoſita ſit exceptio Doli, eam tamen in ſua natura perſeverare.

30 Ad allegatam in contrarium *L. 42. de Mort. cauſ. donation.* reſpondet poſt Accurſium Bachov. *ibi*, inſtitutam eſſe Petitionem hæreditatis, quemadmodum patet ex tenore & figuratione casûs *dict. L. & ibi Gloſſ.* Replicat equidem Cujacius *dict. Obſerv. 17.* quod ſi eſſet inſtituta Petitio hæreditatis, expreſſiſſet ICtus. Reſpondeo ad replicam, hoc neutiquam ſequi, conſtat enim, ICtum ſæpius elegantiæ gratiâ amâſſe obſcuritatem, & patet ex ipſa *L.* quod hæredes Lucij Titij bona & prætenſiones paternas ibi petant, cui non immoror. Ad *L. ſi adverſus 3. Cod. de Exception. &c.* dico, eo loco inſtitutam eſſe actionem Tutelæ, quæ ex natura ſua bonæ fidei eſt: verba autem *nam replicatio Doli oppoſita bonæ fidei judicium facit*, nihil aliud juxta Gloſſ. ibi ſignificant, quàm quod replicatio Doli Tutelæ conveniat, *facere* enim ſubinde *convenire* denotat, ſicut eſt illud Ovidij: *Non faciunt molles ad fera bella manus.*

31 Dubium eſt ſecundò. An Jure Canonico omnes differentiæ inter Actiones bonæ fidei, & ſtricti juris ſublatæ, ac per conſequens omnes Actiones de Jure Canonico bonæ fidei ſint? In cujus affirmativam Sententiam ex eo multi inducti ſunt, quòd jus Canonicum omne id, quod

fovet

fovet peccatum, respuat, damnétque. Sed meo judicio enormiter, & irremissibiliter errant; quoniam in ista hactenus tractatâ divisione in Actiones bonæ fidei, & stricti juris, bona fides non opponitur dolo, quemadmodum superiùs ostensum est, quæ in eo sensu, quo dolo opponitur, in omnibus contractibus necessaria est. Præterea nullo Juris Canonici textu probari, ostendíque potest, has differentias esse sublatas, adeóque perinde de Iure Canonico, ac ipso Jure Civili has differentias perdurare censeo, licet Jure non Scripto circa veterem procedendi modum multùm immutatum esse, teneat Bachov. *dic. loc.* præsertim, quòd in Actionibus stricti juris olim nullas exceptiones nisi formulæ insertas Judex Pedaneus admittere poterat, quas usque ad Sententiam in praxi admitti, videre est.

OBSERVATIO VIII.

Quænam Actiones in specie inter Actiones bonæ fidei recenseantur?

SUMMARIUM.

1. *Quæ Actiones sint bonæ fidei?*
2. *An Finium regundorum sit bonæ fidei?*
3. *Quid sentiendum circa Actionem personalem ex testamento?*
4. *Resolvitur dubium circa actionem Funerariam.*
5. *Enodatur dubium circa actionem Præscriptis verbis.*
6. *Resolvitur instantia in contrarium allata.*

1 COmmunissima, & hactenus vix ab ullo impugnata Sententia est, Actiones in *dict.* §. *Actionum 28. Instit. eod.* enumeratas omnes esse bonæ fidei, cæteras, & quæ ibi non specificè annotantur, esse stricti juris. Ratio est partim, quòd Imperator, si solummodo exempla ponere voluisset, non tam prolixam & accurratam earum enumerationem efformasset, & quidem absque omni clausulâ, quæ aliàs, ubi tantummodo exempli gratiâ loquitur, ab Imperatore apponi solita est, uti videre est *in §. 8. §. 12. & §. 22.* ubi post relatas Actiones pœnales subijcit, *& alias innumerabiles*, & post assignatas Actiones in simplum adijcit, *ex plurimis causis;* per consequens Actiones bonæ fidei à DD. in subsequentibus versiculis comprehensæ sunt.

Empti, hercifcundæ, mandati, depofitíque,
Pignora, conducti, communi, pro focióque,
Dotis, & hæredis, tutelæ, Commoda, geftor,
Præfcriptis verbis, permutat, & æftimat. ifta
Dico bonæ fidei, ftricti funt cætera juris.

Ex quibus cum Manzio, & Harprecht inferre licet, Actiones bonæ fidei directas 17. effe, cum contrarijs autem ad 23. extendi, Schneidevv. autem additis in duobus cafibus actionibus in Factum recenfet 25. Rationem autem, cur & contrariæ Actiones inter reliquas bonæ fidei æftimentur, defumunt DD. communiter tefte D. Manzio *n. 12.* ex illis contractibus, ex quibus nafcitur Actio utrinque directa, velut in Emptione & Venditione, Locatione & Conductione, ubi utrinque Actio bonæ fidei eft, ergo à paritate rationis, idem tenendum erit de Mandato, Commodato, Depofito, & aliis caufis, præfertim cum Imperator univerfaliter loquatur. De aliquibus tamen Actionibus ob eam, quam cum Actionibus bonæ fidei habent, fimilitudinem, non fat liquet, an illæ fint bonæ fidei, vel ftricti juris.

2 Dubium igitur eft primo, de actione Finium regundorum. Et ratio dubitandi oritur *ex §. 20. Inftit. de Action.* ubi in fine *allegati §.* hæc verba leguntur: *in quibus tribus judicijs permittitur Judici, rem alicui ex litigatoribus ex æquo, & bono adjudicare*, ex quibus verbis, & ftrictâ neceffitudine, quam habet in cæteris cum reliquis duabus, omninò videtur effe bonæ fidei. Sed hoc non obftante, cum communi affero eam effe ftricti juris; rationem cum Manz, & Bachov. ex eo defumens, quòd actio Familiæ hercifcundæ, & Communi dividundo ideo annumerentur Actionibus bonæ fidei, quòd habeant fimilitudinem cum actione pro Socio, quoniam litigantes habent res communes, & quafi jus quoddam fraternitatis, ac proinde illæ duæ Actiones eas præftationes ex æquo, & bono ad invicem adjudicandas obtinent, quas actio pro Socio. Secus eft in actione Finium regundorum, quæ originem ex communione non habet, fed magis ex feparatione, imò ex delicto, & dolosâ evulfione, feu translatione terminorum. Plures rationes vide apud Manz, & Bachov. Ad oppofitum patet refponfio; aliud enim eft, Judicem habere facultatem ex æquo & bono alicui ex litigantibus rem controverfam adjudicandi, & aliud, habere poteftatem facultatémque æftimandi, quantùm ex æquo & bono adjudicari debeat. Cur hoc in actione Familiæ hercifcundæ, & Communi dividundo, illud

lud autem in actione Finium regundorum observetur, ratio jam superiùs in Decisione est data.

3 Dubium est secundò de actione Personali ex testamento, quæ nascitur ex quasi contractu, aditione nimirùm hæreditatis, §. 5. *Inst. de Oblig. quæ ex quasi contractu nasc.* Ratio autem dubitandi ex una parte est primò, quòd hæc Actio non numeretur *in* §. *Actionum cit.* ex altera autem parte præstationes, & qualitates Actionum bonæ fidei etiam huic Actioni inesse videantur, nempe circa usuras, quæ in hac Actione veniunt eo modo, quo in bonæ fidei judicijs, *L. usuræ 34. ff. de Usuris & fruct.* eadémque ratio, & effectus moræ in hac Actione observatur, qui in cæteris bonæ fidei judicijs attendi solet, *L. in minorum, C. in quibus causis restitutio in integr. non &c.* quin imò in hac Actione præstantur fructus, quemadmodum prolixè deducit Bachov. *ad Treutl. parte 2. disp. 3. thes. ult. litt. H.* Respondeo ad dubium cum communi, & vulgatissima Sententia, Actionem legatorum esse ex natura sua stricti juris, liquet hoc ex *L. in Actionibus 5. §. ult. & L. alias 6. ff. de in Litem jura. & alijs textibus*, quos allegat Bachov. *in Tractat, de Action. disp. 6. thes. 5.* Quoad aliqua tamen imitatur naturam ipsarum Actionum bonæ fidei, videlicet, quoad usuras, & fructus præstandos, *per text. in L. 7. Cod. in Quibus causis restitutio in integrũ &c. & dicta L. 34. ff. de usuris* Schneidevv. *d. n. 8.* & apud ipsum allegati.

Dubium est tertiò de actione Funeraria, & ratio dubitandi similiter est, quòd hæc Actio in §. *Actionum* non numeretur. In contrarium tamen plurimæ rationes suadent, hanc Actionem bonæ fidei esse, quemadmodum enim in *L. & si quis 14. §. 6. ff. de Religios. & sumpt. fun.* dicitur, hanc Actionem oriri ex æquo & bono, ità in eadẽ *L. 14. §. idẽ Labeo ait 13. in fine* hæc verba extant: *Judicem justum non meram Negotiorum Gestorum actionem imitari, sed solutiùs æquitatem sequi, cùm hoc ei Actionis natura indulget;* ex quibus manifestè arguitur, Judicem neutiquam formulæ à Prætore datæ esse adstrictum, sed posse solutiùs liberiúsque, quàm in Actione negotiorum gestorum, secundùm æquitatem æstimare, quantùm actori debeatur. *dict. L. 14 §. 7. ff. eod.* Eapropter mihi cum communi persuasissimum est, hanc Actionem esse bonæ fidei, quamquam enim illa *in* §. *Actionum* non expressè annotata sit, in eo tamen sensu est subaudiendus *dict.* §. quo non omnes Actiones à qualitate bonæ fidei, quæ inibi enumeratæ non sunt, excludat, sed solùm eas, quæ ab illis omninò sint diversæ: non autem quæ qualitatibus, & tantummodò adjectionibus ab eis distinguuntur, aut tanquam species sub genere contentæ sunt; sicuti patet in exemplo, quo non tantùm Actiones directæ, sed etiam contrariæ, & utiles bonæ fidei 4

dei

dei æſtimantur, tametſi in *dict.* §. *Actionum* expreſſè non deſignentur. Jaſon *in* §. *actionum n. 69.* Undelicet actio Funeraria *in* §. *actionum* expreſſa non ſit, reductione tamen, & quatenus ad Actionem negotiorum geſtorum refertur, aut illi ſubrogatur, eatenus bonæ fidei & *in dict.* §. contenta dici poteſt.

5 Dubium eſt quartò de actione Præſcriptis verbis, quæ & in factum nuncupatur, an illa inter bonæ fidei vel ſtricti juris Actiones referri debeat, quod tamen dubium ab ipſo Imperatore Juſtiniano in *dict.* §. *actionum* deciſum eſſe videtur, per verba ibi poſita, *præſcriptis verbis, quæ de æſtimato proponitur, & ea, quæ ex permutatione competit.* Ex quo ergò concludunt DD. actionem Præſcriptis verbis in duobus caſibus eſſe bonæ fidei, nimirùm quando oritur ex permutatione, vel æſtimato; eſt autem contractus æſtimatorius quo res certo pretio æſtimata vendenda ea lege traditur, ut accipens vel rem illam reſtituat, vel prteium conventum ſolvat; *L. 1.* §. *1. ff. de æſtimat.* cui communi, & à DD. approbatæ Sententiæ & ego ex ea ratione ſubſcribo, quia clarè ex eo patet Juſtiniani eam fuiſſe mentem, quoniam ſi voluiſſet univerſaliter actionem Præſcriptis verbis eſſe bonæ fidei, hos duos caſus ineptè excepiſſet, Bachov. *in Tract. de Action. diſput. 6. theſ. 8.* incluſio enim unius eſt excluſio alterius. Ratio autem ſpecialis, quod hæc Actio in duobus caſibus ſit bonæ fidei, in reliquis autem ſtricti juris, redditur à Jaſone *in allegato* §. *n. 23.* quòd nempe in dictis caſibus magnam habeat affinitatem, & neceſſitudinem cum Actione ex empto, & locato; dubium enim erat olim, an illa conventio emptionis, locationis, vel mandati vicem obtineret, ergo meritò ad imitationem illarum Actionum iſtæ quòque ex his duobus negotijs ortæ bonæ fidei cenſeri debent. Conſulantur *textus in L. 1. ff. de Contrahendi emptio. & venditione. L. 1. ff. de Rer. permutat.* Ad cujus rei majorem declarationem ad Interpretes illorum textuum brevitatis ſtudio me remitto.

Tametſi autem hæc ità ſe habeant, multa tamen eàque non levis ponderis in contrarium movet poſt Hotomanum *Juſt. Meiier. in Colleg. Arg. de Præſcriptis verbis theſ. 14. n. 6.* quòd omnes contractus innominati æqualē affinitatem cum contractibus nominatis, & conſenſualibus obtineant, do ut des cum Emptione & venditione, facio ut des, vel do ut facias cum Locatione, facio, ut facias cum Mandato, ut eluceſcit *ex L. 5.* §. *2. &* §. *4. ff. de Præſcriptis verbis L. ſi 6. ff. de Reſcind. venditi. L. 1.* §. *9. ff. Depoſiti. L. ſi margarita 44. ff. pro Socio.* ex quibus juris locis ità concludunt, ſi eo caſu, quo pecunia pro re datur, emptio & venditio ſi res pro re, Permutatio, & per conſequens Actio bonæ fidei naſcitur, eadem prorſus ratione etiam eo caſu, quo pecunia 6

da-

data, locatio exsurgit; re autem data, ut, do ut facias vel facio ut des, aliud negotinm innominatum; Actio bonæ fidei producetur quemadmodum enim Permutatio summam necessitatem habet cum Emptione & venditione, ità etiam maximam habet do ut facias cum Locatione & Conductione, & facio ut facias cum Mandato, ergo ex omni parte erit eadem ratio. Ad hæc argumenta, quæ hoc in passu momentosa, non leve excitant dubium, non habeo, quod reponam, nisi quòd, sicut non quævis similitudo, vel affinitas Actionum ex contractibus innominatis descendentium, cum Actionibus bonæ fidei sufficit, ut eas mox bonæ fidei faciat, ità istæ affectiones, & qualitates bonæ fidei, & stricti juris non sunt Juris Gentium, quò adducta argumenta collimant, sed potiùs Juris Civilis, quod forsan maluit Actiones ex contractibus nominatis descendentes habere tales formulas, quàm ex innominatis exortas. Illæ autem quæ ex Permutatione, & Æstimato originem habent, quoddammodo nominatæ sunt, cùm proximam affinitatem habeant cum emptione, reliquæ actiones Præscriptis verbis in determinatæ, vagæ, & varijs casibus applicandæ sunt, ac propterea etiam longiùs absunt ab Actionibus nominatis.

OBSERVATIO IX.

De sexta Actionum divisione, in Arbitrarias & non Arbitrarias.

SUMMARIUM.

1. An actiones Arbitrariæ constituant genus distinctum ab Actionibus bonæ fidei, & stricti juris?
2. Affirmativa probatur.
3. Quænam Actiones sunt Arbitrariæ?
4. In actionibus Arbitrarijs duæ concurrunt Sententiæ.
5. Enodatur oppositio.
6. Quatuor species Actionum Arbitrariarum juxta mentem Jasonis enumerantur.
7. Duæ species à me defenduntur.
8. Quæ tamen sæpè confunduntur.
9. Differentia inter Actiones bonæ fidei, & Arbitrarias.
10. Ejus expositio.
11. Vix obtineri potest, Arbitrium Judicis in Actionibus arbitrarijs esse merè extrinsecum.
12. Dilucidantur verba Edicti.

1 TErtium Actionum genus ab accidentali qualitate desumptum est, quòd Actiones quædam dicantur Arbitrariæ *§. præterea 31. Inst. de Action.* De quibus Actionibus dubium est, an illæ sub uno ex duplici membro superiùs deducto contineantur? an vero tertium genus constituant? Prius, quòd videlicet sub præcedentibus membris comprehensæ sint, tenent Hunnius *in suis Resolut. ad Instituta lib. 4. quæst. 26.* & illi, qui citantur à Menochio *de Arbitrio Judicis lib. 1. quæst. 3.* Mihi tamen omissa aliorum hoc in passu disputione, videtur regulariter dici posse cum Bachov. *in Tract. de Action. disp. 7. thes. 1.* & Donell. *Inst. de Action. §. Actionum n. 5.* Vinn. *in allegato §. præterea Instit. de Action.* Quòd videlicet actiones Arbitrariæ constituant tertium genus à prioribus duobus membris bonæ fidei, & stricti juris distinctum, prior enim in actiones bonæ fidei & stricti Juris regulariter tantummodò spectat ad actiones Personales, ex conventionibus, & contractibus originem suam trahentes. Actiones Arbitrariæ autem sunt in rem, vel ex delicto, excepta actione de Eo, quod certo loco, aut etiam extraordinaria Ædilitia, quam redhibitoriam vocant *juxta L. 45. ff. de Ædilit. edict.* quæ revera ex conventione, & stricti juris, sunt, aliquo speciali tamen sensu dicuntur Arbitrariæ, & hæc Sententia his stabilitur fundamentis.

2 Primò quidem ex ipso *§. præterea*, ubi Justinianus in verb. *præterea quasdam Arbitrarias, id est, ex Judicis Arbitrio pendentes appellamus*, vult asserere præter superiores quasdam Arbitrarias esse, per quæ verba indigitare desiderat, eas esse distinctas à prioribus, quod etiam ante Justinianum apertè insinuavit Martianus JCtus *in L. in Actionibus 5. ff. de In litem jurando*: ubi dicit: *in Actionibus in rem, & in adhibendum, & in bonæ fidei in litem juratur, in §. 4.* autem illius legis subjicit *plane interdum, & in Actione stricti juris in litem jurandum est*: ergò apertè declarat illas Actiones, quas priùs recensuerat haud esse stricti juris, quod magis confirmavit Papinianus *in L. in fideicommissis §. 1. ff. de Usur, in his quoque judicijs, quæ non sunt arbitraria nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est.* quò ultimò locò manifesta distinctio proponitur inter hæc duo genera Actionum bonæ fidei, & Arbitrariarum, à quibus distinctæ sunt Actiones stricti juris, quæ juxta mentem Papiniani nec bonæ fidei, nec arbitratiæ sunt. Quibus præmissis Actiones arbitrariæ ab ipso Justin. in *dict. §. præterea* definiuntur, quod sint *quæ ex arbitrio Judicis pendent* in quibus nisi, is, cum quo agitur, actori satisfaciat, condemnari debeat, quæ verba ut solis actionibus Arbitrarijs conveniant paulò clariùs exponenda sunt.

Quoniam quævis Actio ab arbitrio Judicis pendere videtur, an 3

Sen-

Sententiam absolutoriam, vel condemnatoriam ferre debeat. Eæ autem Actiones in eo sensu dicuntur pendere ab arbitrio Judicis, ut ante Sententiam definitivam Judex de eo, quod secundum naturam Actionis restituendum arbitrium, seu jussum interponat, & interim absolutio, vel condemnatio suspendatur, si reus paret mandato, sequitur absolutio, si autem refragatur, aut dolo malo facit, quominus restitui possit, condemnatio fiet, vel in pœnam, vel in quantum actor in litem juraverit. Sicut in actione quod metus causa; in qua, tametsi reus convictus sit, rem metu extortam possidere, non ideo tamen immediatè condemnatur in quadruplum, sed priùs interposito per interlocutoriam Judicis arbitrio jubetur, rem, quæ petitur, restituere, cui si non paret in pœnam quadrupli condemnatur, *L. item §. 1. ff. Quod metus causa.* Itidem eruitur in actione de Dolo, cùm si reus jussui Judicis de re dolo acquisita, restituenda non obtemperet, Jedex statim in id, quod actoris interest, reum condemnabit, *L. arbitrio 18. ff. de Dolo malo.* Pariter in Rei vindicatione, probato dominio jubetur reus possessionem Domino restituere, si cunctatur vel recusat in interesse jurejurando actoris æstimatum condemnabitur *L. 46. ff. de Rei vindicatione.* Unde formulæ á Prætore olim in his Actionibus dabantur, *si paret rem, qua de agitur Titij esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur, Judex condemna*; intellige in illud, tanti videlicet, quanti res ab actore æstimata erat Vinn. *in §. præterea Inst. de Action. n. 3. in fine* & Bachov. *in tract. de Action. disp. 7. thes. 6.*

4 Ea propter constat, duas in actionibus Arbitrarijs concurrere Sententias. Unam videlicet interlocutoriam, qua reus jubetur restituere rem; Alteram autem definitivam liti finem imponentem, quæ continet vel absolutionem vel condemnationem; prout nempe reus vel arbitrio paruit, vel non. Schambog. *in §. præterea* Vinn. *eod. n. 4.* quod prolixè, & valdè nervosè prosequitur Bachov. *in dict. Tract. disp. 7. thes. 7.* & hæc sunt per quæ actiones Arbitrariæ, à reliquis Actionibus, distinguuntur, quoniam in reliquis Actionibus, quod petitur, actori adjudicari debet, nec ex aliquo jussu vel arbitrio sententia suspendi aut differri potest.

5 Dices, tale interpositum decretum per se transit in Sententiam definitivam, & executioni mandatur *L. 68. de Rei vindicatione*: ergo idem obtinet in actionibus Arbitrarijs, quod in reliquis. Respondeo, in *dict. L. 68. ff. de Rei vindic.* cum Bachov. *in Tract. de Action. disp. 7. thes. 11.* esse aliquid extraordinarium, siquidem ex speciali, seu gravi causa, sæpiùs res à malitioso detentore, vel reo manu militari, id est apparitorum, aut stipatorum manu auffertur: cujus exempla plura passim extant, sicut

in *L. si finit. §. ubi autem ff. de Damno infecto*, quò locò expressè statuitur, ut quando aliquis ex secundo decreto Judicis possidere jussus est, dominus à possessione dejiciatur, quæ assertio firmitatem acquirit *ex L. 1. §. 2. ff. si Ventris nomine mulier in possessionem &c.* ubi Ulpianus insinuat aliquando manu militari rem extorqueri posse, tametsi meliùs & commodiùs faciat Prætor, si actorem ad jus ordinarium remittat. Qui extraordinarius executionis modus de moribus, & prtxi multum receptus esse videtur teste Vinnio *in §. praterea n. 4. in fine.*

6 Pro majori hujus meæ assertionis declaratione ulterius notanter adverte, actionum Arbitrariarum non esse unum genus, sed plura, & quidem præter alios Jason *in §. praterea n. 3.* quatuor enumerat species. Prima est, quando Officium Judicis versatur circa rationem loci, in quo solutio promissa, vel æstimata est, atque in illo non secuta, sicut in actione de Eo quod certo loco. Secunda est in casu, quo officium vertitur in taxanda quantitate petita, & desuper deferendo juramento in litem. Tertia dicitur propter officium versans circa interrogatum reum, quid velit sibi præstari veluti in actione Noxali. Quarta denique est, cùm Officium Judicis circa pœnam contumaciæ, seu contemptûs versatur. Mihi tamen hæ differentiæ, & qualitates ad declarandam naturam harum actionum Arbitrariarum vagæ nimis, & generales videntur: ea propter cum Arnoldo Vinnio & Bachov. *in Tract. de Action. disp. 7. thes. 3.* tum obscuritatis evitandæ, tum etiam communis Sententiæ custodiendæ gratiâ duas tantummodo species harum Actionum esse assero,

Primi generis sunt illæ, in quibus 7
antequam procedatur ad sententiam definitivam, condemnationem nimirùm vel absolutionem, Judex arbitretur, & interloquatur, jubens reum aliquid facere, vel rem restituere, secundùm naturam Actionis institutæ, ex qua interlocutoria seu arbitrio pendet condemnatio, vel absolutio, sicut priùs deductum est. Secundi generis, quæ à parte rei sunt stricti juris, ex accidenti tamen fiunt arbitrariæ, quemadmodum superiùs incidenter mentio facta, in his enim tota comdemnatio ab arbitrio Judicis dependet, tales autem Actiones sunt, quæ *de Eo quod certo loco dare oportet*, sive ex stipulatu, sive ex alia ultima voluntate, quâ ità cautum erat, aut denique ex mutuo ita contracto ut certo loco redderetur, videantur *textus litterales in L. 1. L. 5. & 6. ff. de Eo quod certo loco.* In quibus Actionibus nullum arbitrium condemnationem præcedit, sed ad instar aliarum Actionum totum unâ expeditur sententiâ, & quanti litigantium inter sit solutionem in eo loco non esse factam, arbitratur, & si rei conventi intersit quantum minuatur, si actoris augeatur *L. 2. &*

cla-

clariùs in §. *ultimo ff. de Eo quod certo loco. L. unica Cod. Ubi conveniatur qui, &c.* Vinn. *in dict.* §. *præterea n.2. in fine* Donell. *n.6.*

8 Tametsi & hujus generis Actiones prioribus non rarò conveniant, & cùm illis confundantur, eo enim casu quô reus conventus pecuniam in loco consueto se obtulisse, aut eo loco deposuisse, ad solutionem, aut se inibi faciliùs solvere affirmat, indistinctè mihi videtur audiendus, & si præstat cautionem de solvendo illo loco, Judex eum admittere, & simul arbitrium ferre, ut in illo loco solvat, cui non si paret, condemnabitur in loco, quo actum erat, *L. 4.* §. *1. ff. de Eo quo loco* Donell. *in dict.* §. *n.6. in fine.* Struv. *Exercitat. 18. thes. 72.* Brunemann. *in dict. L. 4.* §. *1. ff. eodem.*

9 Ex his deductis dubium oritur primo. In quo ergo eæ Actiones ab Actionibus bonæ fidei distinguantur, videntur enim & Actiones bonæ fidei Arbitrariæ dici posse, quoniam & in his Judex arbitrari, & per officium suum æstimare potest, quantum actori dari seu præstari debeat, tametsi partes de eo nihil expressè deciderint, velut superiùs sat prolixe demonstratum est. Respondeo, licet aliquam similitudinem actiones Arbitrariæ cum Actionibus bonæ fidei obtinere videantur per §. *31. in fine Inst. de Action.* ubi hæc expressa extant verba, *in his enim Actionibus & cattris similibus permittitur Judici ex æquo & bono secundùm cujuscunque rei, de qua actum, naturam æstimare*, lata tamen inter utrumque illarum genus intercedit disparitas. Quoniam in Actionibus bonæ fidei fundamentum, & causa arbitrij seu officij Judicis est bona fides vel æquum, & bonum, in Actionibus autem Arbitrarijs causa, & basis arbitrij est, partim ipsa formula Actionis à Prætore præscripta; partim contemptus, & contumacia rei conventi. Unde hoc in passu communis est assertio; quod in Actionibus bonæ fidei æquitas arbitrandi ex ipsa natura Actionis descendat, atque Actionibus bonæ fidei ex æquo & bono, vel ex ipsa bona fide insint præstationes, à qna postea denominantur. In actionibus verò Arbitrarijs Officium Judicis, seu æquitas arbitrandi veniat extrinsecùs, & accidentaliter ac propterea alio deficiente hoc tamen acceperint, quemadmodum tradit Jason *Inst. de Action. in* §. *præterea n. 20. & 21.* Donell. *eod. n. 3.*

Bachov. autem in *Tract. de Actiou. disp. 7. thes. 2.* clariùs rem 10
proponit dum affirmat, quòd in Actionibus bonæ fidei, antequam ad Judicem res deferatut ipsi naturæ contractus, & obligationis insint illa, quæ Judex suo officio definire potest: è contra in actionibus Arbitrarijs primùm post litem contestatam contingit aliquid, cujus definitionem Officium Judicis sibi vendicet, ut præstetur aliquid, quod præter principalem intentionem actoris adjudicandum venit, nimirum pœ-

na, seu in quantú in litem juratú est.

11 Quòd autem DD. statuant Officium Judicis, sen fundamentum arbitrandi, in actionibus Arbitrarijs totum extra naturam harum Actionum esse, mihi haud satis verificatur, si enim actiones Arbitrariæ, utpote à jure nostro formatæ, ac constitutæ considerentur, atque formula Prætoris in his Actionibus dari solita ponderetut, vix negari poterit, æquitaaem arbitrandi etiam Actionibus Arbitrarijs inesse; omnia enim, quæ in formula comprehenduntur, Actioni inesse dicuntur: quòd autem pœna seu interesse in formulis contentum sit, ex antiquitus usitatis formulis liquet, sicut in Rei vindicatione, *si apparet, rem esse Titii, neqne ea res arbitrio restituatnr, Judex condemna.* Et in Actione quod Metûs causâ, *si apparet rem metu esse extortam, nec ea ex arbitrio restituatur, Judex condemna in quadruplum*, consequenter etiam Judex ex necessitate formulæ ea, quæ in illa præscripta, observare tenetur.

12 Dices, Judicis Officio permitti, secundùm cujuscunque rei naturam æstimare, per verba *ex §. pratera* superiùs relata; ergo neutiquam adstringitur, sed liberum ei erit, à prætore præscripta observare. Fateor verba illa, si eis in hæremus, non leve negotium hoc in passu facere: atque, vel plurimos Interpretes in eam inclinaverunt Sententiam, quæ tenet, Judicem neutiquam adstringi ad observanda vel attendenda illa, quæ in formula præscripta sunt. Alij autem ultima illa verba *dicti* §. parùm cautè à Triboniano adjecta esse putant. Mihi illa non displicet explicatio, quâ verba *illius* §. non ad ipsum Officium Judicis, quod sequitur contumaciam, seu contemptum, sed ad arbitrium præcedens, quô Judex jubet rem restitui, vel actori satis fieri referuntur, trutinentur enim impensiùs singula vocabula, *dicti finalis textûs*, tunc deprehendetur, illa appositissimè convenire arbitrio præcedenti, & verbú *permittitur* denotare quandam licentiam, seu facultatem, quâ Judex ante absolutionem vel condemnationem, arbitrium interponere potest. Quò collimare videtur Vinn. *in dict. §. n. ult.*

Dices secundò, si ergo facultas arbitrandi etiam Actionibus bonæ fidei inest, nulla inter Actiones bonæ fidei, & Arbitrarias ampliùs intercedit differentia. Respond: Hanc sequelam tamen nullo modo esse admittendam, præterquam enim quòd in Actionibus bonæ fidei alia sit ratio arbitrandi, nimirum bona fides, etiam in actionibus Arbitrarijs non tam laxa est facultas judicandi. Bachov. *in dict. §. in fine.* Adeóque pro coronide advette contra Fabrum, quòd tametsi in Actionibus bonæ fidei, in quibus agitur de restituenda re, & in litem juretur, etiam jussus saltem tacitus de restituendo subinde interponatur, id tamen propter clausulam ex bona fide, inest bonæ fidei judicijs, Bachov. de Action-

ction. *disp. 7. thes. 12. 12.* Vinn. *dict. §. n. 8.* In Actionibus verò Arbitrarijs expressa arbitrandi facultas in formula inseri debet, cui si non paretur, ad instar bonæ fidei judicij in litem juratur, in terminis Bachov. *dict. loco.* De alijs differentijs videtur Gyphanius *Instit. de Action. in §. præterea.*

OBSERVATIO X.

De septima Actionum divisione in eas, quæ persequuntur solidum, & eas, quæ minus solidô.

SUMMARIUM.

1. *Actionts quædam naturâ suâ non persequuntur solidum, quædam per accidens.*
2. *Quid sit compensatio, & quomodo differat à confusione, reconventione, & retentione.*
3. *Quid sit privilegium competentiæ.*
4. *Datur hoc privilegium inprimis parentibus;*
5. *An etiam legitimis,*
6. *Et Naturalibus?*
7. *Conceditur & Soceris, & Patronis.*
8. *Qualiter detur Marito.*
9. *Porrigitur quoque ad uxorem.*
10. *An etiam ad fratres extendatur?*
11. *Conceditur & socijs;*
12. *Et Militibus armatæ, non verò togatæ,*
13. *Benè autem cælestis militiæ.*
14. *Tribuitur quoque donatori,*
15. *Et illi, qui bonis cessit;*
16. *Ultimò denique filio patriam potestatem egresso competit.*

1 QUòd actiones in judicio propositæ solidum persequantur, generalis est regula, quam latè deducunt relati à Lauterbach *in disput. de benefic. competent. thes. 6.* ab hac tamen secessum faciunt actiones quædam, quæ minus solido persequuntur, & id quidem vel ex natura actionis, vel ex accidenti fit. Ex natura sua minus solidô persequitur actio de peculio in eo casu, quô vel nihil ampliùs est in peculio, aut est quidem, sed non tantum, quantum petitur, cùm pater habeat privilegium deducendi sua & suorum debita, quæ sæpè peculium exhauriunt; *§. 10. & 36. Instit. de Action.* Accidens verò, ob quod actiones solidum non persequuntur, vel in qualitate & condictione causæ in judicium deductæ, vel in privilegio personæ fundatur.

Causæ conditionem solidat compen-

penſatio, quæ eſt modus tollendæ obligationis per fictionem juris ipsô jure, ſed tamen non niſi actu hominis extrinſecè accedente: *L. 4. ff. de compenſat. L. 4. Cod. eod.* breviùs eam definit Modeſtinus *in L. 1. ff. eod.* quòd ſit *debiti & crediti inter ſe facta contributio*; fundatur in naturali æquitate, cùm interſit, potiùs non ſolvere, quàm ſolutum repetere; *L. 3. ff. eod.* differt à confuſione compenſatio, 1. quia per illam perimitur debitum & creditum in eadem perſonâ, in hac duæ exiguntur diſtinctæ: 2. compenſationem obijcere nemo compellitur, ſi malit ſolvere, *L. 2. ff. eod.* ſed confuſio non dependet à voluntate debitoris, ſed potiùs à ratione juris, quæ non patitur, ut idem ſit debitor & creditor; à reconventione ſecernitur, quia hæc per modum actionis, illa per modum exceptionis proponitur; à retentione diſtat, quòd hæc ſit omnium rerum, compenſatio verò ſolummodò quantitatum; ſi igitur ego debeam Cornelio mille ex mutuo, exinde vendidi ei hortum quingentis, illúmque tradidi, diminutum eſt meum debitum ad quingentos. *L. 10. & L. 21. ff. de compenſat. L. 4. Cod. eod.* adeóque actio, ſeu condictio certi ex muto quam adversùs me movet Cornelius, non perſequitur ſolidum, ſed tantùm dimidietatem. Nec obſtat, quòd partialem ſolutionem acceptare non teneatur Cornellus, per conſequens nec pro parte compenſationem, quæ vim ſolutionis ſortitur: ratio quippe diſparitatis eſt, quòd Cornelius retinens ſuum debitum quaſi ſibi ipſi ſolvere cenſeatur, unde quemadmodnm partialis ſolutio creditori volenti rectè fit, atque debitorem liberat, ita quoque compenſatio, quæ ex voluntate creditoris fit, liberabit. P. Ludovic. Engel *ad Jus Canon. Lib. 3. tit. 23. n. 15.* & Clariſſm. Bonovent. Franz *Inſtit. de Action. part. 12. n. 2.*

Privilegium perſonæ, quod comminuit debitum, eſt beneficium competentiæ, quod paſſim deſcribitur eſſe *beneficium certis perſonis ob affectionem vel commiſerationem conceſſum, ne ipſis ob debita omnia bona extorqueantur, ſed ad alimenta ſufficiens portio relinquatur, L. 13. ff. ſolut. matrim. &c. L. 63. §. 1. ff. pro ſoc.* Dixi, *ob affectictionem*, quæ oritur vel ex *conjunctione*, vel ex accepto *beneficio*. 3

Conjunctio alia eſt naturalis, & alia Civilis; ob priorem hoc beneficium impertitum eſt parentibus, *§. 38. Inſtit. de action. L. 16. ff. de re judicat. L. 7. §. 1. ff. de obſeq. parent. præſtand.* ratio eſt reverentia & pietas eis debita, *L. 16. & 17. ff. ſolut. matrimon. &c.* prolixè Adam. Lautterbach in *cit. diſputat. theſ. 11.* Nomine verò parentum veniunt omnes aſcendentes, cujuscunque ſint gradûs in linea rectâ, *L. 1. §. 1. ff. de legat. præſtand. &c. L. 4. §. 2. ff. de in jus vocand.* nullóque interpoſi ô ſexûs diſcrimine, maſculi, an fœminæ 4

næ sint, matri enim æquè ac patri debetur reverentia. *L. 4. ff. de Curat. furios.* quæ assertio de parentibus legitimis & naturalibus simul indubitata est, nec refert, ab initio, & tempore, quo nati sunt liberi, fuerint tales, an postea per subsecutam legitimationem facti sint, legitimatio quippe non solùm in favorem liberorum, sed & parentum est introducta. Videatur latè discurrens Lautterbach *dict. disput. thes. 13.*

5 Hinc dubium est primò, utrum hoc beneficium competat etiam parentibus legitimis tantùm, quales sunt arrogantes & adoptantes? In negativam communiter abeunt Doctores. confer. Georg. Achat. ab Enenckel *in tractat. de privileg. parent. in prolegom. n. 2.* Tiraquell. *de revocand. donat.* in verb. *susceperit liberos. n. 15.* Ratio redditur à Lautterbach in *allegat. disput. thes. 14.* quòd parentes legitimi solummodò per fictionem juris tales dicantur, propriè enim solus *Naturalis* dicitur *Parens*, adeóque privilegia parentibus à jure data in adoptivis locum non habent, nisi expressè & nominatim ad eos quoque sint extensa, in dubio namque ea est facienda interpretatio, quæ naturali verborum proprietati congruit, *L. 7. §. 1. ff. de supellect. legat.* præsertim in materia exorbitanti & singulari. Otto Tabor *de Metat. cap. 3. artic. 3. thes. 9.* Lautterbach in *cit. disputat. thes. 14.* Dices: Parentes legitimi gaudent privilegio, quò minùs possint absque obtenta venia in jus vocari, ergo quoque ob paritatem rationis gaudebunt privilegio competentiæ. Respondeo, illud magis ex jure potestatis, quàm verbis Edicti *de parentib. non vocand.* eis esse attributum, præterquàm quòd non liceat ab uno privilegio ad alterum argumentari, quia, sicut superiùs est mentio facta, privilegia parentibus à jure donata ad legitimos non sunt porrigenda, nisi id in jure sit specialiter determinatum; est autem in *L. 8. ff. de in jus vocand.* expressè etiam legitimis parentibus privilegium, quò minùs absque obtentâ veniâ in jus vocari possint, indultum. Sicut verò legitimis, ita quoq; parentibus ex damnato coitu hoc privilegium denegatur; ratio est, cùm jus Civile hos parentum nomine & omni clementiâ indignos judicet. *§. penult. Inst. de Nupt Novell. 74. cap. 6.* Lautterbach in *allegat. disputat. thes. 16.*

Parentibus verò merè naturalibus, ob Reverentiam & pietatem etiam ipsis debitam, hoc privilegium jura tribuunt, *L. 6. ff. de in jus vocand.* ubi Paulus ait: *omnibus Parentibus servandam esse reverentiam*; Lautterbach. *dict. disputat. thes. 15. in fin.* Clarissim. D. Franz. *Instit. de Action. part. 12. §. 3.* Arcentur tamen ab hoc privilegio illi, qui impropriè & honoris solummodò gratiâ nomine parentum veniunt, quales sunt Vitricus; Noverca, patruus, amita, Matertera, & patrini ex sacro fonte 6

ae levantes: possunt enim vitricus & Noverca famosis actionibus pulsari, *L. 11. Cod. de furt.* quæ adversùs parentes non dantur. *L. 5. §. fin. ff. de obsequis. parent. h. præstand.* videatur prolixiùs deducens Lautterbach in sæpè *cit. disputat. 17.*

7 Admittuntur tamen ad hoc privilegium soceri, uxoris & mariti parentes, & quidem ex speciali legislatoris extensione. *L. 15. §. final. L. 16. L. 17. ff. solut. matrim. &c.* 2. competit hoc beneficium competentiæ Patronis, illorúmque liberis ac parentibus, *§. 38. Instit. de Action. L. 17. ff. de re judicat. L. 5. & seqq. ff. de obseq. parent. præstand.* sicut enim liberi parentibus naturalem debent vitam, ita Liberti Patronis civilem, servi quippe de jure Romano pro mortuis habebantur, *L. 209. ff. de R. I.* & manumissi vitam civilem nanciscebantur, adeóque reverentiam etiam ac pietatem debent; abolitâ autem in totò orbe Christiano servitute, hoc privilegium ad Dominos, suos proprios homines dimittentes, porrigi non potest, quia isti verè sunt liberi.

8 Tertiò hoc privilegium conceditur marito, si ab uxore conveniatur: *§. 37. Instit. de Action. L. 12. L. 53. ff. solut. matrim. &c. L. 17. L. 20. L. 24. §. 1. ff. de re judicat.* rationem fundat Reverentia ab Uxore marito debita. *L. 14. §. ult. ff. solut. matrimon.* oportet autem eum esse verum & legitimum maritum, si enim matrimonium est contra Leges aut SS. Canones contractum, nec maritus, nec uxor, nec dos, per consequens multò minùs privilegium esse censetur & intelligitur. *L. 1. Cod. de condict. ob caus. dator. L. 4. Cod. de incest. nupt.* sicut itaque maritus putativus hoc beneficiò privatur, ita quoque Sponsus, ratio est, quoniam hoc privilegium respicit causam dotis, ubi autem nullum est matrimonium, ibi nec esse dos intelligi potest. *L. 3. ff. de jur. dot.*

9 Hujus privilegij assertio ad uxorem quoque porrigenda est, si soluto matrimonio à marito conveniatur, hinc in plus condemnari nequit, quàm in quantum facere potest, *L. 17. §. 1. ff. solut. matrim. L. 20. ff. de re judicat.* non tamen ob æqualitatis rationem, quòd videlicet maritus uxori debeat reverentiam, sed ne vitæ socia mendicare teneatur; *feud. 2. tit. 58.* secùs est, si durante matrimonio conveniatur, tunc enim ratio cessat, quia maritus eam alere tenetur. *L. 22. §. 8. ff. & L. 13. Cod. de negot. gest.* hinc patet, concubinam neutiquam ad hoc beneficium aspirare posse; tametsi enim Concubinatus de jure Civili pœnæ non subjaceat, *L. 3. §. 1. ff. de Concub.* est tamen injusta consuetudo, ac proinde Mariti & Uxoris privilegijs perfui non debet. videatur Lautterbach *in dict. disputat. thes. 21.* Quando verò maritus ab Uxore convenitur, ut dotem resti-

ſtituat, illáque ſimul tantâ laborat inopiâ, ut nulla ei ſuperſint alimenta, ceſſat beneficium competentiæ, ſicut tradit poſt Stryck. *in diſſertat. de jur. uxor. in bon. mariti cap. 4. n. 61.* Clariſſimus Bonaventura Franz *cit. part. 12. §. 4. n. 18.* 2.do ſi maritus omnia ſua bona dilapidavit. *L. 18. §. unic. ff. ſolut. matrim. &c.* Illud tamen ulterius eſt annotandum, quòd extra hos duos caſus maritus præmuniatur hoc beneficiô contra quamcunque actionem ab Uxore adverſus eum intentatam, adeòque tam adversùs rei vindicationem, & hypothecariam, quàm perſonalem pro dote repetenda, quin & ſi alia extra dotem actio, ex aliquo contractu, durante matrimonio cum uxore celebrato, orta moveatur, *L. 20. ff. de re judic.* modò talis contractus ante, vel durante, ut jam dictum, matrimonio ſit confectus; *L. 35. ff. de negot. geſt.* excipitur actio funeraria, quæ licet diſſoluto matrimoniô naſcatur, tamen contra maritũ in ſolidum non datur, ſed beneficium competentiæ admittit. *L. 27. ff. ſolut. matrimon. &c.* Lautterbach *in dict. diſputat. theſ. 46.* cœteroquin non refert, utrùm iſtæ Actiones, quæ ante contractum matrimonium, vel eo durante enatæ ſunt, ante diſſolutionem matrimonij, vel poſt eam moveantur. *L. 8. Cod. ſolut. matrim. &c.*

19 Dubium hic haud levis difficultatis oritur, an beneficium iſthoc extendi quoque debeat ad fratrem, ſi à fratre conveniatur? Affirmativam defendunt poſt alios Arnoldus Vinnius *in §. 37. Inſtitut. de Action.* Zanger. *de Except. cap. 15.* Mynſinger *ad §. 38. Inſtit. de Action.* & alij relati ab Harprecht *in eod. §. 38. n. 1.* cujus ratio eſt partim ex *L. 17. ff. de re judicat.* deſumpta, ubi traditur, quòd non ſolùm parentes & patroni conveniri non poſſint, niſi in quantum facere queunt, *ſed nec eorum liberi inter ſe*, qui abſque dubio fratres ſunt; partim, quòd hoc beneficium ideò ſocio detur, quia locò fratris eſſe ſolet, ait enim Ulpianus in *L. 63. ff. pro ſoc. cùm ſocietas jus quodammodò fraternitatis in ſe habeat*: ne igitur plùs tribuatur fictioni, quàm veritati, hoc beneficium multò magis tribuendum erit fratri, quia ob fraternitatem tributum eſt ſocio, ergo propter quod unum quodque tale, illud magis tale; partim denique, quòd frater teneatur alere fratrem, *L. 73. §. 1. ff. de jur. dot. L. 13. §. fin. ff. de adminiſtrat. tut.* ergo quoque frater conventus à fratre poterit opponere beneficium competentiæ, cùm alias dolus convenientis, & totum extorquere volentis defenderetur. Negativam econtra tuentur Schneidevvin. in §. 38. *Inſtit. de Action.* Lautterbach *in dict. diſp. theſ. 31.* & relati à Clariſſ. D. Franz. *in cit. part. 12. §. 5.* ex ratione, quod deficiat ſpecialis conceſſio ad fratres expreſsè extenſa, & ſtricta natura privilegij talem exten-

tensionem absque expressa legislatoris Voluntate non sustineat. Rationes in contrarium adeo evincentes non videntur, *ad l. 17. ff. de re Judicat.* repono, eam loqui de liberis patroni, quod & hi tali priprivilegio sint muniti contra libertos suorum parentum, nihil verò statuitur de liberis sese Judicialiter convenientibus.

Ad secundum respondeo, privilegia esse stricti Juris, & hinc propter identitatem rationis non veniunt protendenda, siquidem in ijs, quæ sunt stricti Juris, non concludit argumentũ à simili, nec ratio ibi adducta firmitatem addit, sæpè namque in jure plus fictioni quàm veritati tribuitur, quemadmodũ in sententia eorum, qui filio naturali solùm portionem ab intestato debitam, arrogato verò quartam omnium bonorum adjudicant; exemplũ, quod est subjectum hic, neutiquam congruit, ad hoc enim, ut illi locus pateat, deposcitnr, ut illud prædicatum, in quo duo concurrunt, de utroque prædicari queat, & quidem talem habeat causam, quæ influit in effectum, & non se habeat solùm per modum accidentis, sicut ostendit Lauterbach in sæpè allegata *disput. thes. 31.* paterque ex subjectis exemplis: *Petrus est tutor propter pupillũ, ergo pupillus est magis tutor*, homo est ebrius propter vinum, ergo vinum est magis ebrium.

Ad postremum nego, beneficium competentiæ consistere in jure petendi alimenta, quòd liquet per exemplum, quòd subijcit clarissimus D. Franz *cit. loco* quo pater inopiâ pressus, habet filios opulentos, & en his nepotes, jus habet à filijs tanquam proximis descendentibus alimenta petendi, & tamen adversus nepotes fortè factos creditores hoc privilegio uti potest.

Quarto concessum est hoc bene- 11
ficium socijs, si actione pro socio pulsentur §. *38. inst. de act. l. 63. ff. pro socio l. 16. ff. de re Judicat.* Nullo interjecto discrimine, sive sint universales, sive generales: aut particulares, quin unius rei socijs datur prout ostendit Lauterbach. *in allegat. disput. thes. 22. pro cort. cert. 2. assert. 51.* & plures relati à Gonz. *in cap. Odoardus extra de solut. n. 10.*

Quinto hoc beneficium est præ- 12
stitutum militibus armatæ militiæ, *l. 61, l. 18. ff. de re Judicat. l. 7. ff. de pecul. castrens.* æquissimum enim est, ex gratitudinis lege illis providere, qui pro Republica summa subeunt pericula: conferatur Gonz. *in dict. cap. n. 14.* Carpz. *Elect. respons. lib. 6.* & alij relati à Lauterbach *in citat. disput. thes. 23.* non pauci sunt authores, qui hoc privilegium, & cum his hodierna passim recepta praxis, ad milites togatæ porrigunt militiæ, quales sunt Nobiles Imperatorum, Regum, ac Sacri Imperij Principum Consiliarij, Professores Universitatum, Advocati, & alij causidici; Hilliger in Donell *lib. 27. cap. 9.* Berlich *part. 1. conclus. 8. n. 53.* & alij plures qui allegantur à Gonzal. *in dict. cap. Odoardus n. 14.*

14. horum ratio est: *quia illorum scientia totus illuminatur mundus, & ad obediendum Deo & Magistratui vita subjectorum informatur. auth. habita codi. ne filius pro patr.* Nec minus provident generi humano, quam si prælijs & vulneribus patriam parentesque salvant; *l. 14. cod de Advocat.* si igitur pro Republica, quemadmodum milites armatæ militiæ pugnant, & horum privilegijs gaudere debent.

Quæ tamen opinio in puncto Juris planè defendi nequit, ratio est unica, sed in jure planè manifesta, deficit quippe hic voluntas, & legislatoris Authoritas, *l. 6. l. 18. ff. de re Judicat.* quæ nominatim de militibus armatæ militiæ loquitur, togatæ sectatores ab illis secernit, qualitas autem legi adjecta restringit ejus dispositionem. quæ superius allata sunt in contrarium, nullum facessunt negotium, siquidem hic non est quæstio de causa, an illa potuisset permovere legislatorem ad hoc privilegium togatæ militiæ concedendum, sed potiùs disceptatur de ipsa actuali concessione, utrum legislator unquam concesserit privilegiũ.

Ratio ulterior est, quia Princeps nec ob eandem, imò majorem rationem jus singulare ad personas non nominatas protendere voluisse censetur. Carpz. *part. 3. constit. 4. defin. 12.* Donell. *comment. lib. 27. cap. 9.* Duaren. *in l. 6. ff. de re judic.* Georg. Achat. ab Enenkell de *privilegijs milit. cap. 33.* & alij relati à Lauterbach. *citt. disp. thes. 31.*

Quemadmodum autem militibus 13 armatæ, ita quoque Cælestis militiæ hoc privilegiũ est attributum. *Cap. Odoardus. 3. ext. de solut.* Ratio est partim, cùm omnia privilegia militum & Clericis, si eorum statui non repugnent, conveniant, partim ne in opprobrium totius statûs clericalis mendicare teneantur, hinc Trident. *Synod. sess. 21. de reformat. cap. 2.* statuit, ne cui absque beneficio, vel competenti patrimonio ordines sacri conferantur, quo etiam collimant *cap. 2. & 4. ext. de præbend.* quæ autem sint requisita ad hoc, ut Clericus hoc beneficio gaudeat accuratè annotavit Clariss. P. Collega Schmalzgrueber. *lib. 3. Decretal. tit. de solut. §. 3. n. 33.* Indulgetur autem hoc beneficium omnibus Clericis, sive sint in majoribus sive minoribus constituti, habitum & tonsuram gerant, & beneficium Ecclesiasticum obtineant, econtra qui vel tempore contractûs se esse Clericos, aut coram Judice debitum negârunt, hoc privilegio privantur. conferatur post Gonzalez *in cap. Odoardus cit. clariss.* P. Schmalzgrueber *dict. loc. n. 37.*

Sextò Indultum est hoc benefici- 14 um donatori & quidem solummodò propriè tali, qui ex mera liberalitate, non ob causam, donavit, quando nimirùm condictione *ex l. si quis argentum. Cod. de donat.* non verò si ex alia causa convenitur *§. 38. Inst. de Action. l. 33. ff. de Jure dot. l. 33. ff. de donat.* Ratio datur *in l. 5. ff. de re Judicat.* quia incivile

 fo-

foret, ex mera liberalitate promissum tam rigidè exigere, ut nec alimentis relictis ex sua liberalitate inops factus periclitetur; dixi, *donatori propriè tali*, si enim quis ob causam donavit, qualis donatio quoque dos respectu mariti appellatur, *l. 20. Cod. de donat. ante nupt.* cessat privilegium. vid. Lauterbach *in dict. disp. thes. 24.* discrepat autem donator à cæteris, qui hoc beneficio perfruuntur, quod hi condemnentur, in quantum facere possunt, non deducto ære alieno, donator verò quoque deducere potest æs alienum, *pinguius enim*, ajunt Paul. & Tryphon. *in l. 49 ff. de re judicat. Donatori succurrere debemus, quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur.* videantur DD. *in §. 38. Inst. de Action.* in specie Harprecht. Vult. Giphan. *ibi.* Excepto tamen, quod ex eadem donatione alijs debetur, inter quos occupantis conditio melior erit. *l. 12. ff. de donat.*

15 Sept. competit hoc beneficium ex comiseratione debitori, qui bonis cessit, si à creditoribus post cessionem in solidum conveniatur, §. *ult. Inst. de Action. l. 4. ff. de cess. bonor.* quando igitur post factam cessionem ad meliorem pervenit sortem, & à creditoribus pulsatur actionibus residuis (cessio enim debitum & obligationem in totum non tollit, *l. 1. Cod. qui bonis ced. &c.*) poterit opponere hoc privilegum. quin arbitratur Lauterbach. *in d. disp. thes. 26.* hoc privilegium concedi debitoribus etiam eo casu, quo cessio fieri solet modo quodam contumelioso, quemadmodum in terminis attestatur Hilliger *in Donell. lib. 27. cap. 9. lit. hh.* quod in Francia præsentes in judicio, apertô capite, discincti, abjectâ zonâ cedere cogantur; Romæ leonem marmoreú ascendunt, qui est in pede scalari Capitolij, natis percussis, clamitantes: cedo bonis, Patavij lapidi, qui vituperij dicitur, posteriora denundati insident, quales cedendi modi contumeliosi esse creduntur, & ideo multi autumant, in his casibus debitores in totum liberari, per consequens & hoc beneficium cessare, videntur autem modi isti esse magis introducti, ut debitores non tam facilè ad hoc remedium confugiant, quàm ut liberentur.

Postremò datur hoc beneficium 16 filio à patria potestate liberato, nec ex bonis paternis ditiori facto, si ex contractu, durante patriâ potestate, celebrato conveniatur, in plus quàm facere potest, condemnari non debet. *L. 2. ff. quod quis cum eo &c. l. 2. Cod. eod. l. 49. ff. de re judicat.* quemadmodum enim Prætor actiones per egressum è patria potestate contra filium summo jure extinctas restituit creditoribus, ita, ne injuriam patiatur filius, non in solidum competere voluit. Ad successores & hæredes hoc privilegium, tanquam conditioni & qualitati personarum cohærens, non porrigitur, *l. 12. A. solut. matr. l. 24. §. 1. l. 25. l. 41. ff. de re judicat.*

l. 63.

l. 63. ff. pro socio. est enim indubitati juris, privilegia personalia morte privilegiatorum exspirare. *l. 42. ff. de administr. tutor. l. 196. ff. de R. J.* sicut autem ad hæredes, ita nec ad fidejussores protenditur, *l. 63. §. 1. ff. pro socio. l. 24. & 41. ff. de re jud.* videtur tamen in hoc casu beneficium competentiæ Reo principali esse inutile, cum, si fidejussor totum pro reo solvere debuit, illud à principali repetat, in qua contingentia equidem Bachov. *in § ult. Inst. de actionib.* cautelam præstituit, quam tamen nec ipse approbat, non improbabiliter dici potest. Principalem & adversus fidejussorem se hoc beneficio defendere posse, quod si verò privilegiarius succedat fidejussori, accessoria obligatio absorbetur, & hinc, non obstante hac confusione, privilegio uti potest. *l. 95. §. 3. ff. de solut.* Delibatis itaque ad faciliorem intellectum præliminaribus circa generalia actionum principia observationibus, delabor ad specialia, & quidem juxta seriem Pandectarum per singulares sectiones ordinatam.

SECTIO

SECTIO PRIMA

De

Actionibus primæ Partis Pandectarum.

ACTIO

Quâ custoditur inveterata consuetudo.

SUMMARIUM.

1. Quæ prima sit actio.
2. Quibus detur.
3. Adversus quos, & ad quid.
4. Quamdiu duret.

1 PRima Actio, quæ in prima Pandectarum parte occurrit, est Actio, quâ quis compellitur ad observationem legitimè introductæ consuetudinis, communiter Condictio ex moribus nuncupata: describi potest, *esse actionem personalem, Civilem, reipersecutoriam, stricti Juris*, causa ejus remota, est consuetudo ritè inducta, vim legis obtinens, proxima autem obligatio ex Consuetudine enata.

2 Datur hæc Condictio omnibus, qui in certis negotijs, tam actibus Judicialibus, quàm Extrajudicialibus, quibus per Consuetudinem certa forma, vel delictis certa pœna est præstituta, se fundant in consuetudine inveterata, ut tales actus juxta talem consuetudinem adornentur; *L. 6. ff. de evict.*

Adversus illos, qui tali consuetudini reclamant, totique communitati quoad actus & negotia se conformare refragantur: non minùs adversùs illos, qui contra receptam consuetudinem contractus efformant, atque sententias pronuntiant. Ad hoc, ut principaliter consuetudo custodiatur, consequenter contractus & judicata adversus eam ordinata tanquam irrita & nulla declarentur: aut 2.do ad pœnam per consuetudinem delictis determinatam irrogandam. Wissenbach. *ff. hic.* Hærsolte *advers. de action. 1.* 3

Cùm

4 Cùm autem hæc actio sit Civilis, & rei persecutoria, ex natura sua est perpetua.

ACTIO

Contra Violatores constitutionum Principum.

SUMMARIUM.

1. *Adversùs quos hæc sit introducta.*
2. *Unde oriatur.*
3. *contra quos, & ad quid detur.*
4. *Alia subjicitur actio.*
5. *Adversùs quos, & ad quid hæc competat.*

1 SEcunda Actio est, quæ conceditur adversùs violatores & transgressores Legum, constitutionum, atque statutorum. Quemadmodum autem varij generis sunt Constitutiones, Summorum Pontificum, Imperatorum, Regum, Principum, quin & Municipales, ita contra omnes, qui tales ordinationes transgrediuntur, competit. *arg. Can. in his rebus distinct.*
2 *11.* Hæc Actio igitur est generalis, causa ejus remota est Lex vel constitutio, ab habente potestatem Legislativam legitimè promulgata, proxima est obligatio, qua per legem constringuntur subditi. Civilis, & pœnalis erit dicenda, quoniam descendit à partibus Juris, à Jure Prætorio separati.

3 Moveri potest adversùs omnes Violatores Legum, ad pœnam in Constitutione expressam persolvendam, ea si non est definita, arbitriô Judicis determinandam, aut si quid in re controversâ contra constitutiones decisum, ad illud irritum declarandum, per ea, quæ docet Donellus *lib. 1. cap. 14. litt. E.* & alij relati à Brunnemanno *in L. 5. Cod. de LL.*

Alia haud absimilis Actio occasione *Tit. de Constitut.* proditur, quâ coercentur malitiosè Rescripta impetrantes, ut alios fatigent. Causa ejus remota est dolosa, & falsîs precibûs facta obtentio Rescriptorum, proxima est obligatio: describi poterit, quòd sit Actio Civilis, pœnalis saltem ex parte Rei conventi, personalis, quâ pulsantur illi, qui per Rescriptum sub: vel obreptitium, aut falsum, adversarios suos indebitè fatigant. 4

Datur igitur omnibus, qui per talia Rescripta laboribûs & sumptibûs Actoris importunitatem, transigendô, vel Jure suo cedendô redimere tenentur, *arg. L. 5. Cod. si contr. jus vel utilit. public.* adversùs eos, qui talibus sub: vel obreptitiîs, aut falsîs Rescriptîs utuntur, 5

tur, suósque adversarios vexant; 2.dò contra Judices, qui his Rescriptis abutuntur. *Cap. super litteris*, & *Cap. final. Extr. de Rescript. L. 4. Cod. cit. tit.* Ad hoc, ut priventur Commodô Rescripti, & ad refundendos sumptus, damnáque & interesse resarciendum, quod per talia Rescripta adversarij perpessi sunt, adigantur. Videatur Haersolte *in adversar. de action. part. 1. act. 3.*

ACTIO

De Albo corrupto.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Album.*
2. *Quid & quotuplex sit Edictum.*
3. *Quæ sint hujus Actionis Requisita.*
4. *Definitur hæc Actio, & designatur, quibus sit concessa.*
5. *Contra quos detur.*
6. *Ad quid detur.*

1 Tertia Actio, quæ in hac Pandectarum parte proditur, est Actio ex Edicto de Albo corrupto, proposita *in L. si quis. 7. ff. de Jurisdict.* Erat autem apud Romanos Album nihil aliud, quàm Tabula dealbata, seu gypsata, in qua Prætores, vel Magistratus Romanus juri moderando præpositus sua Edicta, Actiones, & Interdicta cuivis perlegenda proponebant, ne quis posset ignorantiâ se excusare. Videatur Oldendorpius *class. 1. act. 3.* Mynsinger *in §. 12. Instit. de Action.* Harpprecht *ibid. n. 2.* &
2 alij, quos sequitur Manz. *eod. n. 4.*

Edicta erant duplicis generis; alia perpetua, quæ ad perpetuam alicujus rei observationem & usum affigebantur; alia verò solummodò temporalia, quibus de rebus duntaxat incidentibus ad certum vel indefinitum tempus aliquid denuntiabatur. Manz. *dict. loc. n. 5.* Oldendorp. *dict. class. 1. act. 3.* quæ Romanis Prætoribus olim usitata, hodie ad Mandata, Programmata, & Litteras Magistratuum, quæ ad valvas Ecclesiæ, Curiæ, vel in alio loco publico, juxta receptum cujusvis loci morem, ad universorum notitiam affiguntur, applicari possunt. Menoch. *de arbitr. Judic. lib. 2. cas. 281.* Wissenbach. *ff. de Jurisdict. n. 13.* exempla substernit Manzius *dict. loc. n. 7.*

Si igitur Magistratus perpetuæ 3
Jurisdictionis causa Edictum in albo proposuit, & quis illud avulsit, corrupit, aut dilaceravit, adversùs eum

eum moveri potest hæc actio; deposcitur autem 1.mò, ut dolô malô corrumpatur, si enim ex crassâ socordiâ, vel ignorantiâ quis corruperit, huic actioni non subjicitur; *dict. L. 7. §. 4. ff. de Jurisdict.* 2.dò ut corrumpatur Edictum perpetuum; temporale namque si corrumpatur Edictum, quale est mandatorium, citatorium, peremptorium, vel id genus plura, causas privatas respicientia, ei, cujus interest, solam tribuunt actionem injuriarum, etsi meô judiciô & in his sugilletur Authoritas Magistratûs, hincque non minùs in corrumpentes temporalia Edicta pœna extraordinaria decerni queat.

4 Definitur autem hæc actio, quòd sit personalis, prætoria, popularis, pœnalis, annalis, causa ejus remota est dolosa corruptio, seu avulsio Edictorum vel Mandatorum, in Albo, seu hodie in loco publico consueto propositorum, proxima est obligatio: datur cuilibet agere volenti, nemo quippe invitus agere compellitur, *tot. tit. Cod. ut nem. ager. vel accus. &c.* repulsis tamen ijs, qui non habent personam standi in Judicio, aut aliàs agere vel accusare prohibentur, quos inter est pupillus, & mulier, qui à populariter agendo arcentur, *L. 6. ff. de popul. act.* nisi horum intersit, tunc enim à regula non excipiuntur. *dict. L. 6.* de hæredibus nulla movetur quæstio, cùm & illi de populo sint.

5 Adversus eum, qui mandatum seu Edictum in albo propositum vel proponendum corrupit, interlevit, abrasit, maculavit, cœnô vel litteris obduxit, aut omninò sustulit, ex æquipollentibus enim non interest, quid fiat. *L. 11. §. si cui. ff. de leg. 3.* minùs refert, sive id per se faciat, sive per alium, Lex enim puniens facientem à fortiori quoque punit mandantem. Schneidevvin. & Manz. *in §. 12. Instit. de Action.* modò uterque sit doli particeps: porrigitur quoque ad utrumque sexum, nec interest, servus, filiusfamilias, vel sui juris fuerit; contra plures corrumpentes conceditur in solidum adversùs quemlibet. *L. si quis 7. ff. de Jurisdict.*

Datur ad 500. Aureos secundùm vulgarem Lectionem *L. si quis cit.* 6
Haloander verò, Hotoman. Mynsinger *in §. 12. instit. de action.* Brunnemannus & alij legunt solùm 50. eamque interpretationem, utpote in pœnalibus mitiorem, recipiendam arbitrantur, interpretatione enim legum pœnæ potiùs sunt molliendæ, quàm exasperandæ. *L. 42. ff. de pæn.* quæ pœna Actorem inter & fiscum dividenda erit, juxta principium alibi deducendum; si autem inopiâ laborat reus, luat in corpore, *dict. L. si quis §. servus. ff. alleg. loc.* cùm autem prætoria &; pœnalis sit hæc Actio, annale duntaxat tempus durat. Ab usu fori abactam esse hanc actionem multi censent, quod hodie eo casu vel maximè obtinet, quô nemo agit,

agit, tunc Judex ex officiô corrumpentem extra ordinem mulctare poterit: quin imò pro rei gravitate L. Cornelia de falsis locum sibi vindicat, præsertim in corruptoribus testamentorum & publicarum scripturarum, ac documentorum. *tot. tit. ff. ad L. Cornel. de fals.*

ACTIO

Ex Edicto, quod quisque Juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur.

SUMMARIUM.

1. *Exponitur Natura hujus Edicti.*
2. *Describitur actio ex hoc Edicto descendens.*
3. *Quibus detur.*
4. *Contra quos porrigatur.*
5. *Requisita ad hanc actionem.*
6. *Resolvitur primum dubium.*
7. *Enodatur secundum.*
8. *Satisfit tertio.*
9. *Ad quid comparata sit.*
10. *Contra quos ex altera Edicti parte detur.*
11. *Utrùm obstringatur Tutor.*
12. *Illustratur exemplis.*
13. *Subjicitur differentia inter hoc remedium, & Actionem ex Syndicatu.*

1 QUarta Actio ex Edicto Prætorio, *quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur*, depromitur. Hoc Edictum principaliter est propositum adversùs ambitiosum Magistratum, qui judicandi potestate subinde abutebatur, contráque morem Majorum, contra jus & æquum jus dicebat. Francisc. Duaren. *ff. hoc tit.* videbantur enim juris compilatoribus ante judiciorum tractationem admonendi Magistratus & litigatores, ne illi iniquum jus, vel novum concederent, nec isti illud peterent, cœteroquin compellendi, ut jure, quod in alios decreverint, aut obtinuerint, eodem, si casus tulerit, utantur; quæ haud dubiè solidissima Judiciorum est norma, quoniam nulla potest perquiri certior cognoscendi, & discernendi æquum ab iniquo via, quàm si quis ex persona propria metiatur, num vellet in se hoc jus exerceri, quod in alium decernit, vel statui curat. Wissenbach. *ff. h. tit. n. 1.* Oldendorp. *class. 1. act. 1.* fundatur hoc Edictum in illô juris Divini principiô, *quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris*, hinc enatus est versiculus:

Quod tibi vis fieri, mihi fac, quod non tibi, noli,
Sic potes in terris vivere jure poli.

Sunt

2 Sunt enimverò hujus Edicti duo capita, quorum primum est de Magistratu, novum aut iniquum jus vel motu proprio, vel ad alicujus postulationem decernente, alterum de parte litigante, jus iniquum impetrante. Actio, quæ ex hoc Edicto producitur, est personalis in factum, prætoria, rei persecutoria, causa ejus remota saltem instrumentalis est delictum, quod dolô vel culpâ latâ, statuendô, aut postulandô & impetrandô jus novum vel iniquum perpetratur, proxima est obligatio. Oldendorp. *class. 1. action. 1.* Struvius *de vindict. privat. cap. 11. aphoris. 5.* tametsi enim in *l. 2. ff. quod quisq. jur.* solius doli mentio fiat, nomine tamen doli in delictis, pecuniariam pœnam vel damnum illatum persequentibus etiam lata culpa venit. *l. 1. §. 2. ff. de his, qui testam. liber. l. 1. §. 1. ff. si mens. fals. mod. dix.* Hahn. *ff. eod. §. 3.*

3 Datur illis, qui læsi sunt novo, vel iniquo Jure, & omnibus alijs, qui similem habent causam, ad instar popularis; & ratio fundamentalis est, quoniam hæc non ad præsentem solùm, sed & ad futuras controversias, quæ cum statuente vel impetrante incidere possunt, conceditur. *l. 3. §. hæc pœna. l. 7. Cod. de rescindend. vendit.* non solùm verò illis, qui læsi sunt, sed & eorum hæredibus hæc indulgetur. *l. 3. §. 5. ff. h. tit.* Oldendorp. *dict. class. 1. act. 1. n. 4.* Widmont. *ff. hic n. 20.*

4 Datur hæc actio ex priori Edicto adversùs Magistratus, *l. 1. l. 2. ff. quod quisq. Jur.* nomine autem Magistratûs venit omnis ille, qui Jurisdictioni præest sive ordinariæ, sive delegatæ, nulláque statuitur differentia inter Magistratum Urbanum, aut Provincialem, aut Municipalem, omnes enim indifferenter tenentur; & cùm Magistratus majores olim durante eorum functurâ conveniri non possent, *l. 2. ff. de in jus voc.* ideò terminatô primùm officiô hac actione pulsabantur, Donellus *l. 18. cap. 3. prop. fin. ibique* Hilliger. atque licèt jus ab illis statum non esset perpetuum, sed tantô temporis duntaxat duraret decursu, quantô eorum officium, respectu statuentium tamen ita perdurabat, ut etiam post finitam administrationem conveniri possent. Franciſc. Duaren. *ff. h. tit.* Struvius *de vindict. privat. cap. 11. aphor. 7. n. 2.*

5 Ad hoc autem, ut Magistratus hac actione conveniri possit, exposcitur, ut jus novum vel iniquum cum effectu sit statutum. *l. 1. §. 2. ff. h. t.* si enim novum jus decernens inhibitus sit ad illud in effectum producendum, aut inter eos quid statuit, in quos Jurisdictionem non habuit, his casibus non tenetur, ratio est, quia tantummodò erat conatus, verbum autem *statuit* perfectam & consummatam, non autem in conatum solum deductam rem significat. Jason *&* Zasius *in dict. l. 1. §. 2. ff. eod.* Struvius *de vindict. privat. cap. 11. aphoris. 5. n. 3.*

6 Dubium est 1. an, si filiusfamilias Magistratu functus aliquid contra jus statuit, pater eodem jure uti debeat. Dubitandi ratio enascitur ex eo, quòd filius actiones acquirat patri: *l. placet 79. ff. de adquir. vel omitt. hæredit.* Sed contrarium deciditur in *l. 3. §. 4. ff. hoc tit.* per adjectam rationem, *re patris conditio deterior fiat*; nec enim factum filij debet obesse patri, qui jure proprio directè & immediatè ratione patriæ potestatis actiones movet, etsi eas habeat occasione filij, Videatur Zasius *dict. §. 4.*

7 Alterum subnascitur dubium, an Magistratus in hoc Edictum incidat, si ex imprudenti assessoris suggestione & consiliô aliter, quàm oportet, judicaverit. Quod negat Paulus *in l. 2. ff. quod quisque jur.* ex fundamentali ratione, quòd Magistratui nullus dolus, vel lata culpa, sed ipsi Assessori imputari debeat; potest tamen Judex aut Magistratus in hoc casu conveniri ex quasi delicto, eò quòd litem faciat suam. *text. in princ. Instit. de obligat. quæ ex quasi delict.* Vide DD. *in dict. l. 2. ff. alleg. tit.* & in specie nervosè deducentem Struvium *de vindict. privat. cap. 11. aphor. 7.*

8 Tertium movetur dubium, an facultas Juridica in hoc incidat Edictum, si respondendô iniquum jus dicat; ubi distinctio placet, aut facultas fuit à privato consulta, aut à Magistratu; priori casu ex hoc Edicto adversùs consulentem non nascitur actio, etsi alia actione ad resarciendum damnum possit conveniri; posteriori casu pœnam Edicti haud evitabit, *arg. l. 2. ff. dict. tit.* Conferatur distinctio Pauli Castrensis in *l. 1. ff. cit. tit.* Non solùm verò datur adversùs jus novum vel iniquum decernentem, sed & ejus hæredes, *l. 3. §. 5. ff. hîc* Ratio mihi videtur, quòd nomine pœnæ in hac actione vera intelligatur rei persecutio, ut suprà *tractat. prælimin. observ. 5. n. 7.* per casum fuit ostensum. Struvius *cit. loc.* arbitratur, esse rationem singularem, quoniam aliàs statuens jus novum posset eludere hoc Edictum, si actiones suas non institueret, sed eas hæredibus transmitteret: nec potest quidquam imputari debitori, quòd suas non opposuerit exceptiones, cùm id non sit in ejus potestate ante actionis motum.

Datur autem ad hoc, ut Magistratus utatur eodem jure iniquo aut novo, quod antecedenter adversùs actorem vel alios statuit, non solùm in actionibus jam eo tempore natis, sed & in cæteris, quæ posteà obveniunt. *l. 3. §. 6. ff. hîc.* 9

Ex posteriore parte Edicti datur 10 hæc actio in illum, qui jus iniquum sua postulatione vel precibus impetravit. *l. 3. ff. hoc tit.* sufficit autem obtinuisse, etsi in effectum non sit deductum, *dict. l. 3.* ratio est, quia impetratio non est merus conatus, sed ipsum delictum. Quo in passu ambigitur 1. utrùm, quando procurator sortitus est jus iniquum per spe-

speciale mandatum Domini, aut saltem per ratihabitionem, vel acceptationem ejusdem, Procurator eodem jure uti debeat? Negat hoc Ulpianus *in l. 3. §. 1. ff. hic.* sed soli Domino delictum imputatur; ratio est, quia, ut quis ex hoc Edicto pœnam incurrat, deposcitur, ut quis impetraverit jus, quo ipse utatur, unde liquet, si Procurator absque speciali mandato vel acceptatione domini novum, vel iniquum jus consecutus sit, nec Dominum, nec Procuratorem obstringi, ut eodem jure utantur, ex fundamentali ratione, quia Dominus non deliquit, Procurator verò nullum fert lucrum, nisi sit rerum suarum, tunc enim pœnam non declinabit. Quæ verò ratio pro procuratore pugnat, ea quoque à fortiori pro advocato militat.

11 Aliud tamen est receptum in Tutore & Curatore, hi enim, etsi nomine pupillorum & minorum jus iniquum aut novum impetrent, pœnæ tamen hujus Edicti se subijciunt. *l. 3. §. 1. ff. hic* Ratio est favor pupillorum, & minorum, ne per tutorum dolum aut culpam in lites & dissidia detrudantur, *l. 198. ff. de Reg. Jur.* funguntur enim Tutores & Curatores vice pupillorum & minorum in agendo, ergo quoque in patiendo. Struvius *de vindict. privat. cap. 11. aphor. 8.* Oldendorp. *class. 1. act. 1. n. 8.* Lauterbach. *ff. hic thes. 7.* Pari modô in fidejussorem datur retorsio ex Edicto, si Principalis iniquum vel novum jus obtinuerit; secùs est, si fidejussor postulaverit jus novum iniquúmve, tunc enim principalis in pœnam hujus Edicti non illabitur. *l. 3. §. 3. ff. hic* conferatur Wissenbach. *ff. eod. n. 2.* Widmont. *ff. itidem hic n. 15* & Struvius *d. ct. tract.* qui per casus citatum dilucidant textum.

Ad uberiorem intellectum hujus Edicti, & jus inde enatum enodandum, lubet quædam adducere exempla. Sic 1. contra debitores impetrantes Rescripta moratoria eorundem debitores ijsdem uti possunt, si in fraudem creditorum tales inducias sortiti sunt. Struvius *dict. tract. aphoris. 15.* 2. si major pars Capituli de novo in suam utilitatem, & in detrimentum minoris partis postea ad Capitulum venientium quid statuerit, tunc minor pars ad Capitulum pertingens in suam id potest retorquere utilitaté. 3. Judæi die Sabbathi non possunt conveniri, ergo nec illi Christianos poterunt convenire, *l. 13. Cod. de Judæis &c.* Peck. *in cap. 62. de Reg. Jur. in 6.* Aliud exemplum est in jure detractionis, si enim in aliqua provincia vel civitate receptum, ut hæreditas alicui delata non possit ad alium transferri locum, nisi certâ portione detractâ, fisco applicandâ, alia provincia vel Civitas eodem jure uti poterit, & certam portionem detrahere. Vid. Carpzov. *part. 3. constitut. 38. definit. 1.* Berlich. *part. 3. conclus. 51.* plura depromi poterunt ex Struvio *in sapè alleg. tractat.* 12

Porrò quemadmodum hæc actio 13
est

est perpetua, quoniam non solùm ad præsentes, sed & futuras causas porrigitur, adeóque propter summam ex jure naturali resultantem æquitatem anni decursu determinari nequit, ita inter hanc actionem, & eam, quæ dicitur ex Syndicatu, licèt utraque teneatur Judex, variæ occurrunt differentiæ: pinguior quippe regulariter est Actio ex hoc Edicto actione de syndicatu 1. quòd hæc detur in solidum, de syndicatu verò solùm, in quantum Judici æquum videbitur. 2. hæc actio protenditur contra hæredes, non illa de Syndicatu; 3. hæc competit quoque tertio, actio de syndicatu verò personam delinquentis non egreditur. 4. in hac requiritur similitudo causæ, secus in illa. Illud sub coronidem est annotandum, hoc Edictum in causis criminalibus locum sibi non vendicare; si enim ejusmodi retorsio in pœnis irrogandis admitteretur, delicta vel impunita manerent, vel non congruâ coercerentur pœnâ, per consequens subditi ad perpetranda Crimina instigarentur. Oldendorp. *class. 1. act. 1.* Petr. Muller. *in Struv. syntag. jur. Civil. exercitat. 4. thes. 38.* Struv. *de vindict. priv. cap. 11. aphor. 9.*

ACTIO

Siquis jus dicenti non obtemperaverit.

SUMMARIUM.

1. *Sternitur via ad expositionem hujus Edicti.*
2. *Describitur actio hinc descendens.*
3. *Quid veniat per vocabulum* extremi.
4. *Qualis hic coerceatur contumacia.*
5. *Quibus hac actio detur.*
6. *Contra quos, & ad quid competat.*

1 Quinta Actio est, quæ proditur in Edicto, *si quis jus dicenti non obtemperaverit*. Quemadmodum verò quilibet Magistratus major suam Jurisdictionem pœnali judició tueri potest, *l. un. ff. hoc tit.* ita olim excipiebantur Duûmviri, cùm legitimâ Jurisdictionis potestate destituerentur: hodie tamen & Magistratui municipali hoc jus est datum, teste Speculatore apud Bruneman. *in l. un. ff. hic.* David Mævius *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 1. art. 2. n. 8.* nomine verò judicij pœnalis venit pœnalis actio.

Enascitur ergo ex hoc Edicto Actio 2

ctio Prætoria, personalis, pœnalis, popularis, cujus causa remota est delictum, nempè exhibita contumacia adversùs Magistratum, proxima est obligatio; non autem per hanc actionem quælibet coercetur contumacia, sed solùm ea, quæ committitur in *extremo* Jurisdictionis, per verba Pauli in *l. un. §. 1. ff. hoc tit.* asserentis: *is videtur jus dicenti non obtemperâsse, qui, quod extremũ est in Jurisdictione, non fecit.*

5 Hinc dubium oritur, quid subaudiendum sit sub nomine *Extremi.* Executionem intelligunt plurimi, quos inter est Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 4. thes. 85.* Wissenbach. *ff. si quis jus dicent. non obtemp. n. 6.* Widmont. *eod.* à quibus non absque ratione est discedendum, quoniam non tantùm habet locum in reo, sed & in actore. *l. un. §. 1. ff. dict. tit.* ergò non intelligi solùm possunt illa executorialia, quæ sententiam latam subsequuntur, sed potiùs omnia illa, de quibus expediendis, sive in Judicio, sive Jure tractatur, adeóque omnis ille hac actione obstringitur, qui suâ inobedientiâ efficit, quò minùs Magistratus ad id, quod est discutiendum, pertingere possit: & hinc, etsi solùm de actu extrajudiciali ageretur, quemadmodum de immittendo ex primo decreto, aut de præstanda cautione de damno infecto, locum sibi vendicat hæc actio. Ummius *ad processf. disput. 6. thes. 7.* Bacchov. *in Treutler. vol. 1. disput. 4. thes. 9. lit. D.* Oldendorp. *class. 1. act. 2. n. 4.* Petrus Miller. *in Struv. Syntagm. jur. Civil. exercit. 4. thes. 85.* Lauterbach. *ff. hoc tit. §. 3.*

Singularis igitur per hanc actionem coercetur contumaciæ species illius, qui, quod in Jurisdictione extremum est, non fecit. *dict. l. un. §. 1. ff. h. t.* Dictum, est hanc actionem esse popularem, quod negant Duarenus & Wissenbach. *ff. hic.* ex ratione, quòd reus contumax ex damno litis mulctetur; sed veriùs asseritur, esse popularem, ratio est, cùm hæc actio non ad privatum, sed publicum interesse detur, nimirùm ad defendendam Authoritatem & Jurisdictionẽ Magistratûs; 2. causa & interesse privatorum poterat apud Duumvirum agitari, non autem hæc; 3. hic non læditur privatus, sed publica Magistratûs Authoritas. Videatur Bacchovius *in Treutler. vol. 1. disput. 4. thes. 9. litt. D.* Donell. *lib. 15. in fin.* Cuiacius *observat. lib. 24. observ. 25.* Lauterbach. *ff. hoc tit. §. 2.* 4

Hinc omnibus de populo hæc actio datur, tametsi, quemadmodum in aliis actionibus popularibus, ita & in hac ille cæteris præferatur, cujus interest. *l. 3. §. 1. ff. de popul. action.* ergo & hic ille Magistratus præponitur, cujus Authoritas est contempta, & hodie quidem omnibus Magistratibus datur. 2. conceditur litigantibus, non tamen ut talibus, sed ut civibus, ob illud videlicet interesse, ne sententia Judicis eludatur. *l. un. §. fin. ff. hoc tit.* hæredibus actoris non accomodatur, tum 5

tum quòd popularis ſit, eiſque competat jure proprio, non transmiſſionis, tum quòd ex tali delicto enaſcatur, ob quod ex patrimonio nihil abeſt, ſed potiùs vindictam, & naturam actionis injuriarum complectitur; excipitur, niſi lis ſit conteſtata *l. 164. ff. de Reg. Jur.* vide Wiſſenbach. *in l. 87. ff. de Reg. Jur.*

6 Porrigitur adversùs contumaces, qui *extremum* Jurisdictionis impediverunt, reus ſive actor ſit; quin ſi tutores, Curatores, & id genus Adminiſtratores fuerint contumaces, ipſi, non eorum principales hac actione pulſantur, præſumuntur enim absque mandato Judici non obtemperâſſe. Oldendorp. *claſſ. 1. act. 2. n. 4.* Gaill. *lib. 1. obſerv. 59. n. 7.* Lauterbach. *ff. ſæpè dict. tit. §. 4. in fin.* Datur ad id, quanti ea res eſt, *l. un. §. un. ff. hic.* nomine rei verò non intelligitur res in judicium deducta, nec intereſſe privatum agentis, ſed contemptus Magiſtratûs & offenſio Jurisdictionis, ob publicam enim, non privatam utilitatem hæc actio eſt introducta, unde arbitriô Judicis pœna determinanda venit. Lauterbach. *ff. eod. §. 6.* Myllerus *in Struvium Syntag. Jur. Civil. exercit. 4 theſ. 85.* annus autem huic actioni præſcribitur, *l. unic. §. ult. ff. ſi quis jus dicent. &c.* ad inſtar omnium actionum prætoriarũ pœnalium. Cœteroquin quemadmodum plures ſunt contumaciæ ſpecies, quas exponit Gaill. *lib. 1. obſerv. 59.* ita varia ſunt tuendæ Jurisdictionis remedia, ut captura, arreſtatio, incarceratio perſonæ refragantis, captio pignorum, denegatio audientiæ, immiſſio in bona, & plura alia, quæ recenſet Wiſſenbach. *ff. ſi quis jus dicent. non obtemp. n. ult.* Hærſolte *de action eod.*

ACTIO

Ex Edicto de in Jus Vocando.

SUMMARIUM.

1. *Olim citatio erat privata auctoritatis.*
2. *Quæ perſonæ citari non poterant.*
3. *Deſcribitur actio ex hoc Edicto nata.*
4. *Quibus, & adversùs quos detur.*

1 SExta Actio eſt, quam Edictum *de in jus vocando* concedit. Antequam autem hujus noſtrô ævô fermè obſoletæ actionis fundamenta tangantur, quædam antiquitati uſitata præmittenda ſunt. Olim apud

apud Romanos in Jus vocatio adeò privatæ erat Auctoritatis, ut (si Bacchovio, Hahnio, Ludvvello *ad tit. de in ius vocand.* credimus) venire recusantes obtortô etiam collô in jus rapi possent, modò extra suas ædes fuerint deprehensi, ex ædibus enim nemo erat extrahendus. *l. 103. ff. de Reg. Jur.* poterat igitur privata authoritate in jus deduci reus, nisi vel fuerit in asylo receptus, vel satisdederit. *l. 5. §. 1. ff. qui satisd. cogant.*

2 Per Prætoris autem Edictum *de in Jus vocando*, quod duas complectitur partes, certum personarum genus in jus vocari prohibebatur; & quidem in prima parte Edicti aliquæ personæ in *l. 2. l. 3. & 4. ff. de in Jus vocand.* recensitæ *simpliciter*, in secunda verò parte aliquæ personæ non quidem simpliciter & absolutè, sed tamen *absque obtentâ veniâ* prohibebantur, quos inter 1. erant parentes absque gradûs & sexûs discrimine, *l. 4. ff. de in jus vocand.* nec interest, legitimi illi sint, seu illegitimi; sic filius vulgò quæsitus Matrem suam absque petita à Magistratu veniâ in jus vocare non poterat, *cit. l. 4. in fin. ff. dict. tit.* qualiter Vitricus & Noverca vocari poterant, docet Lauterbach. *ff. cit. tit. §. 8.* 2. Patroni, eorum parentes, uxores, liberi, *dict. l. 4. §. 1. l. 8. §. 1. ff. eod.* de quibus personis in judicium vocari prohibitis consule latè discurrentem Manzium *instit. de action. §. 12.*

3 Adversùs illos itaque, qui in hoc Edictum committuut, prodita est actio in factum de in jus vocando. Est autem actio personalis prætoria, pœnalis, competens ei, qui contra Prætoris Edictum in jus est vocatus, adversùs vocantem ad pœnam 50. Aureorum, *l. 12. l. 24. ff. de in jus vocand.* causa ejus remota est delictum, temeraria scilicet in jus vocatio, proxima est obligatio.

Datur illis, qui contra Edictum sunt in jus vocati, non verò illorum hæredibus, cùm vindictam spiret, *l. 24. ff. de in jus vocand.* Bacchovius *in Wisenbach. ff. de in jus vocand.* Lauterbach. *eod. §. 12.* adversùs illos, qui aliquem contra Edictum in jus vocârunt, non autem adversùs hæredes, *l. 24. ff. dict. tit.* datur verò ad pœnam 50. aureorum; si autem inopiâ laboret reus, luat in corpore, *l. final. ff. eod.* addantur relati à Struvio *syntagm. Jur. Civil. exercit. 5. thes. 6.* peti verò castigatio ab agente non poterat, cùm non sit in obligatione, sed tantùm à Judice ex officio suppleri poterat. Hodie hæc veniæ petitio à Curijs exulat, modestè tamen agendum est cum prædictis personis, Mynsinger *centur. 4. observat. 92.* Hilliger *in Donell.* & alij, quos allegat Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 5. thes. 9.* Lauterbach. *ff. de in jus vocand. §. 13.* ratio est, quia citatio hodie non fit auctoritate privata, sed publica per ipsos Magistratus; cæteroquin hæc actio annalem sortitur vitam, cùm sit prætoria, pœnalis. *l. 24. ff. sæpè dict. tit.*

ACTIO

Ex Edicto, in jus vocati ut eant, aut satis, vel cautum dent.

SUMMARIUM.

1. *Qui inidoneos possint præstare fidejussores.*
2. *Qualis hinc detur Actio.*

1 SEptima Actio eminet *in tit. ff. in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.* In jus siquidem citati necessitatem comparendi habuerunt, quam à se amoliri poterant per cautionem, præstitis videlicet fidejussoribus de se Judicio sistendis, hoc tamen interposito discrimine, ut pro personis *necessarijs* quivis etiam non sat idoneus fidejussor admitti debuerit, *l. 2. ff. super cit tit.* inter personas autem *necessarias* referuntur parentes, patroni, liberi, uxores; tales fidejussores si pro his personis non erant admissi, Prætor judicium pœnale præstituit contra reclamantes.

2 Datur igitur Actio prætoria, personalis, pœnalis, cujus causa remota est delictum, facta nimirum contrà legis dispositionem recusatio fidejussoris, sive non admissa cautio, proxima est obligatio; competit his personis, qui fidejussorem minùs idoneum, seu qualemcunque assignârunt, non verò hæredibus, quia pœnalis est, & ultionem amplectitur, adversùs non admittentes talem fidejussorem, in hæredes verò non porrigitur. Hærsolte *de action. ad dict. tit. num. 7.* competit ad pœnam 50. Aureorum, *l. 2. ff. cit. tit.* annalis est, quia prætoria, pœnalis, juxta communem regulam. Illud adhuc notandum est, quòd recusatus fidejussor actionem injuriarum contra recusantem movere possit. *l. si verò §. 1. ff. qui satisdare cogant. &c.*

ACTIO

Ex Edicto, ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.

SUMMARIUM.

1. *Adornatur via ad expositionem Edicti.*
2. *Recensentur requisita hujus actionis.*
3. *Quibus detur hac actio, & adversùs quos porrigatur.*

Octa-

1 OCtava Actio est ex Edicto, *ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.* Quemadmodum enim in jus vocati comparere, aut satisdationem interponere debent, ita pœnale judicium determinatum est contra illos, qui vocatos vel impediunt, vel eximunt; pro rei uberiori intellectu lubet casum figurare; debet mihi Cornelius mille, pro horum solutione eum sæpenumerò interpellavi, quâ sollicitatione non obstante, solutionem tamen non præstitit. Vocavi eum in Judicium, hic verò & in Judicium concedere, & cautionem præstare renuit, hinc obtortô collô de more antiquitati usitatô in Judicium abducere tentavi: Fabius ejus amicus nobis erat obvius, qui Cornelium, opem suam implorantem, mihi violenter eripuit. Quæstio igitur exsurgit, qualis adversûs Fabium actio mihi à Jure sit prodita? Respondeo, Actio personalis, prætoria, pœnalis, *L. 1. & L. ult. ff. ne quis eum, qui in jus voc.* causa ejus remota est delictum, injusta nimirùm vis, quâ vocatus eximitur, quid autem sit *eximere*, explicat Paulus in *L. 4. ff. eod.* ajens, *eximere* esse *eripere, retinere, aut moram facere spontè sequenti vocantem.*

2 Hinc ad hoc, ut ista actio concedatur, deposcitur 1. vis à lege prohibita, vis enim à lege non prohita hanc actionem non generat, *dict. L. 4. §. final. ff. eod.* ex. gr. si quis contra Edictum vocatum eximit, tunc tanquam in pari causa melior est conditio defendentis, *L. 1. §. 2. & L. 2. ff. dict. tit.* non verò ad hanc vim injustam præcisè exigitur dolus malus, sed sufficit, si ex errore quis aliquem eximat, *L. 3. §. 2. ff. cit. tit.* exemplum exstat in eo, qui eripit illum, quem arbitratur contra Edictum esse vocatum, vel sicut Lautterbach *ff. sæpè alleg. tit.* §. 4. docet, si quis Novercam, quam Edicto contineri opinatur, vi eximat, hic haud dubiè dolô non agit, vis tamen ista legibus est prohibita, *L. 3. §. fin. ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim.* 2. requiritur, ut vocatus sit cum effectu exemptus; actus enim ejusmodi duntaxat attentatus non sufficit, verba enim cum effectu sunt accipienda, ait Ulpianus in *L. 5. §. 2. ff. eod.* 3. exigitur, ut quis sit vocatus ad Magistratum majorem, id est, ad Prætorem; vocatum namque que ad Judicem pedaneum si quis eximat, hac actione pulsari nequit. *L. 3. §. 1. ff. dict. tit.*

Datur igitur hæc actio illis, qui aliquem in jus vocârunt, non autem eorum hæredibus, collimat enim ad meram vindictam, nisi possint ostendere, suum versari interesse, *L. 5. §. final. ff. alleg. loc.* v. gr. si interea temporis dies est elapsa, aut res, ad quam defuncto jus quæsitum erat, perempta. *L. 4. ff. sæpè dict. tit.* Contra eos, qui in jus vocatum vi exemerunt. *L. 5. §. 1. ff. eod.* non modò autem contra ipsum eximentem, sed & adversùs mandantem, *dict. L. 5.* plures si sint, 3

contra omnes porrigitur in solidum, *dict. L. 5. §. 3.* ratio est, quia singuli pœnam suam solvunt; *L. 6. ff. eod.* adversùs hæredes, cùm pænalis & ex delicto enata sit, non datur; *cit. L. 5. §. final.* Conceditur ad pœnam, qnanti scilicet ab Actore fuit æstimata, *dict. L. 5. §. 1.* venitque in hac actione summa ab actore in libello petita, etsi exemptus tantùm non debeat. Zœsius, & Struvius *ff. hoc dit.* Brunnemann. *in L. 5. §. 1. supr. cit.* Hilliger *in Donell. lib. 15. cap. 27. lit. D.* sunt quidem, qui cum communi sentiant, verba in sæpiùs *cit L. 5. §. 1. h. t.* in eo subaudienda esse sensu, quô actor jurejurandô in litem determinare possit. Oldendorp. *class. 1. act. 5.* Widmont. *ff. hoc tit.* Manz. *in §. 12. instit. de action.* At mihi eis adstipulari non lubet, ex fundamentali ratione, quòd, quemadmodùm in pœnalibus juramentum in litem removetur, *L. 7. ff. de in lit. jur.* ita hæc actio etiam Calumniatori conceditur, *L. 5. §. 1. sæpiùs cit.* cui tamen juramentum in litem deferri posse, vix auditum erit. Hilliger *dict. loc.* Duarenus *ff. cit. tit.* Lauterbach. *ff. eod. §. 7.* Verba igitur *dict. l. 5. §. 1. quô non id contineatur, quòd in veritate est, sed quanti ea res est ab Actore æstimata*, intelligi debent, quanti Actor per efformationem libelli æstimavit, *vide citt. DD.* Id postremò advertendum est, quòd principalis debitor per præstationem hujus pœnæ non liberetur; *L. 5. §. 3. L. final. ff. cit. loc.* nec adversatur, quòd tali ratione Actor contra bonam fidem idem bis consequatur, quoniam ab eximente sortitur pœnam, per ejus delictum promeritam, à debitore verò verum debitum: hæc enim in varijs à Jure expressis casibus concurrere possunt, veluti prostat exemplum *in L. 7. ff. de rei vindicat.* Annalis est hæc actio, quia prætoria pœnalis; hodiernis moribûs, quibus in jus raptatio locum non habet, in eo solùm casu erit admittenda hæc actio, quo quis è manibus lictorum eximit debitorem, ad Carcecerem deducendum, qui solvendo non est, ratio hujus est, quòd videatur pro eo fidejussisse. Vide relatos apud Petrum Myllerum *in Struv. Syntagm. Jur. Civil. exercit. 5. thes. 17.* adde Oldendorp. *class. 1. action. 6.*

ACTIO

Condictitia Civilis ex cautione judicio sisti.

SUMMARIUM.

1. *Describitur origo hujus actionis.*
2. *Ad quid teneatur datus fidejussor.*
3. *Describitur hac actio.*

No-

1 NOna Actio, quæ in prima Pandectarum parte continetur, est condictio, seu actio condictitia ex cautione judicio sisti. Assertum enim superiùs est, quòd in judicium vocatus è vestigio sequi vocantem compellebatur, si minùs, manu injectâ ad Prætorem, vel alium, qui Jurisdictioni præerat, raptari poterat, nisi vadimonium promitteret, id est, cautionem judicio sisti præstaret; promittebatur autem judicio sisti in diem & locum certum, omissio tamen diei stipulationem non vitiabat, quia ille dies intelligebatur, quo Actor actionem movere proponebat.

2 Si igitur determinatæ quantitatis Actio ab Actore fuit mota, datus fidejussor condictione certi ad eam quantitatem conveniri poterat; *L. 2. §. ult.* & *l. 3. ff. qui satis d. cog.* si verò ab actore incerta quantitas peteretur, actione ex stipulatu obstringebatur assignatus fidejussor in id, quod interest. *L. ult. ff. si quis in jus vocat. non iver. L. 4. ff. de custod. & exhibit. reor.* Hodie talis in judicium violenta deductio ab usu recessit, sed si vocatus in ultimo peremptorio non comparet, contumacia coercetur, conventus verò quacunque actione cautionem præstare compellitur de perseverando in judicio usque ad ejus finem, quam promissionem si sine legitima causâ deserat, actio hæc enascitur.

Est autem actio Civilis, personalis, rei persecutoria, cujus causa remota est contractus stipulationis, proxima est obligatio; competit illis, qui sibi stipulati sunt judicio sisti, & eorum hæredibus, adversùs reum, vel potiùs ejus fidejussores, qui fidem suam interposuerunt; non verò datur regulariter contra hæredes promittentis, quoniam judicio sisti est factum cohærens personæ, adeóque per ejus mortem exspirat, qui autem in defuncti jus succedunt, de novo satisdare debent, quasi inutiliter antecedenter cautum foret. *l. quoties 6. l. si ab arbitro 10. ff. qui satisd. cog.* Oldendorp. *class. 1. act. 6.* hæc actio ex naturâ suâ est perpetua, cùm sit ex contractu stipulationis, quemadmodum suô locô deducetur. 3

ACTIO
Ex Edicto, de eo, per quem factum erit, quò minùs quis in judicio sistat.

SUMMARIUM.

1. Quomodo Tit. 7. Libri 2. Digest. à Tit. 10. *distet.*

2. Qualis in hoc Edicto prodatur actio.

1 DEcima Actio desumitur ex Edicto Prætoris, *de eo, per quem factum erit, quò minùs quis in Judicio sistat.* Tametsi verò *titulus præcedens 7.* cum *tit 10.* connexam necessitudinem habere videatur, in varijs tamen discrepant, & 1. quidem, quòd in illo coerceatur is, qui in jus vocatum *vi* exemit, in hoc puniatur ille, qui eum, qui cautionem antecedenter præstitit, quò minùs ad determinatum diem perveniret in judicium, *dolò malò* impedivit; in illo ergo violentia coercetur, in hoc dolus, quemadmodum per exempla ostendit Ulpianus in *L. 1. §. 2. ff. hoc tit.* 2. in illo actionem movet, qui in jus vocaverat, in hoc agit ille, cujus interest pœnam non esse commissam; distant quoque 3. ratione objecti, in illo enim agitur ad meram pœnam, actio verò ex hoc Edicto tendit ad interesse, unde in priori omnes in solidum obstringuntur, in posteriori unius solutio cœteros liberat. Cujac. *lib. 10. observat. 10.* Haersolte *in adversar. de act. part. 1. act. 12.* Widmont. *ff. dict. tit.*

Proditur igitur ex isto Edicto Actio prætoria, personalis, cujus 2 causa remota est delictum, proxima obligatio, *L. 1. l. 3. ff. cit. tit.* datur ei, cujus interest, vocatum non esse impeditum, nimirum actori vocanti, vel ipsi reo vocato, *L. 1. §. 3. ff. eod.* Lautterbach. *ff. h. tit.* Petr. Myllerus *in Struvium Syntagm. Jur. Civil. exercit. 5. thes. 10*, datur & eorum hæredibus, *Lib. 1. §. 6. ff. alleg. tit.* contra dolosè impedientes, ne vocatus Judicio se sistat, non autem contra hæredes eorum, nisi ad eos quid pervenit, *cit. L. 1. §. 6.* tum ad id, quod interest, *dict. L. 3.* tum etiam ad coercendum dolum impedientis, hinc ratione Actoris est rei persecutoria, ratione rei conventi verò pœnalis, *cit. L. 1. §. 3.* circumscribitur annali tempore, *sæpè cit. L. 1. §. 6.*

ACTIO

Ex Edicto de edendo.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit edere.*
2. *Quis edat, & quæ sit differentia inter editionem actionis, & instrumentorum.*
3. *Quid teneatur Actor edere reo.*
4. *Reus actori edere non tenetur,*
5. *Nisi in certis casibus, qui hic enumerantur.*
6. *Argentarij, & illi, qui his æquiparantur, rationes edere tenentur.*
7. *Quæ concessa sint remedia pro editione urgenda.*
8. *Describitur actio ex hoc Edicto descendens.*

Vn-

1 UNdecima actio est, quæ ex Edicto Prætoris *de edendo* enascitur. *Edere* autem nihil aliud est, quàm copiam describendi adversario facere, seu libello quid complecti, illudque dare describendum adversario, quemadmodum ait Ulpianus in *l. 1. §. 1. ff. de edend.* & *in l. 6. §. 7. ff. eod.* aut succinctiùs delineando, *editio* est exhibitio actionis vel insttumentorum, eratque olim duplex, una fiebat à litigantibus, altera ab argentarijs exhibendo rationes; hodie alia est Judicialis, alia Extrajudicialis.

2 Edit verò actor vel reus: & Actor quidem exhibet reo actionem, instrumenta, & rationes, cujus editonis ratio est, vel ut reus ad inspectionem deliberare queat, an contendere, an cedere malit, *l. 1. ff. hic.* vel ut suas exceptiones probare possit. Editio actionis ante litis contestationem est facienda, editio verò instrumentorum, cùm fiat ad instruendam probationem, aut solidandam intentionem, post litis contestationem expedienda: altera differentia editionem actionis inter & editionem instrumentorum est, quòd illa quandoque in jus vocatione erat prior, quandoque verò cum eâ concurrebat, prior erat, si actor reum rectà ad album (seu ad Advocatum, vel ICtum, ut explicat Gloss. *cit. l.*) deduxit, atque ei demonstravit, actionem contra eum esse instaurandam, *dict. l. 1. §. 1. ff. cit. tit.* simúlque jussit, ut in jus sequeretur, unde sunt, qui editionem actionis in rudem, quæ in jus vocationem antecedit, & ordinariam, quæ eam sequitur, dividere solent, ut post Bacchov. notat Eckolt. *ff. de edend. §. 2.*

3 Tenetur igitur actor reo edere 1. actionem in libello ad demonstrandam futuram litis speciem, ne reus improvisò opprimatur, *l. 1. cit.* 2. omnia instrumenta, non tantùm ea, quêis adversùs reũ est usurus, sed & cætera, Brunnem. *in l. 5. Cod. de edend.* ex ratione, quòd defensio rei sit favorabilis, jura enim proniora sunt ad liberandum, quàm obligandum. Plena equidem sunt instrumenta edenda, absque tamen die & Consule, *l. 1. §. 2. ff. dict. tit.* quia dies causam editionis nullatenùs respicit, quæ solummodò ad eum fit finem, ut reus sciat, quêis actor usurus sit instrumentis; quemadmodum ergo probationes ante litis contestationem ob subordinationis metum non publicantur, ita nec dies, quæ solùm ad probationem pertinet. 3. adstringitur actor ad edendas rationes, id est, libros vel chartas, quêis continentur consignationes & computationes acceptorum vel expensorum, etsi ijs usurus non sit, *l. 5. l. 6. Cod. de edend.* & quidem cum die & Consule. *l. 1. §. 2. ff. eod.* ratio est, quia, sicut leges generaliter loquuntur, ita expositorum & acceptorum integra causa constare non posset, *arg. l. 6. §. 3. ff. sæpe cit. tit.*

4 Reus autem Actori regulariter ede-

edere non tenetur, *l. 1. l. 4. Cod. eod. l. 7. Cod. de testib.* ex fundamentali ratione, quia nemo potest obligari ad porrigendum gladium, quô ipse configatur vel juguletur, ne quidem ad fundandam actoris replicam, cujus ratio est, quòd reus de damno vitando, actor de lucro captando agat, favorabiliores autem sint partes de damno vitando, quàm de lucro captando agentis, vide tamen Hilliger. *in Donell lib. 23, cap. 7. litt. A.* nec obstat, quòd reus excipiendô fiat actor, *l. 1. ff. de except.* actor verò edere tenetur; fit enim actor solummodò quoad probationem suæ exceptionis, non quoad reliqua.

5 In certis tamen à DD. annotatis casibus reus actori edere tenetur, horúmque primus est, si fiscus sit actor, hic enim vi sui privilegij potest petere de domo adversarij probationes ad suam intentionem fundandam, *l. 2. §. item Divi fratres ff. de jur. fisc.* procedit tamen hoc duntaxat in causis civilibus, non in criminalibus, videantur relati à Matth. Berlich. *part. 1. conclus. 45. n. 35.* 2. simili privilegiô præmunitæ sunt Ecclesiæ, aliàq; pia loca, ut docet Abbas *in cap. 1. Extr. de probat.* 3. si instrumenta fortè sint communia actorem inter & reum, in tali casu à reo actori sunt exhibenda, *l. 7. Cod. l. si quæ sunt ff. famil. hercisc.* Gaill. *lib. 1. observ. 106. n. 4.* Gilkenius *in dict. l. 7.* 4. tenentur contra se ipsos edere Nautæ, Caupones, & Stabularij Codices suos & Calendaria, Gaill. *l. 1. observ. 106.* Berlich. *part. 1. conclus. 45.* & plures *ibi* relati.

Ultimò ratione officij obstringuntur edere sua rationalia in *l. 4. ff. de edend.* Argentarij, publica Senatûs Auctoritate designati, ut majores negotiationes perficerent; quem in finem publicas in foro tabernas conducebant, in quibus non modò suas, sed & alienas pecunias mutuò dabant, *arg.* eorum, quæ notat Ulpian. in *l. 10. cit. tit.* quêis accenseri possunt olim recepti Nummularij, seu Mensarij dicti, qui etsi publica auctoritate assumpti non erant, adeóque eorum rationes tantam fidem non sortiebantur, perhibendæ tamen ab ijs erant. *l. 2. ff. eod.* pariformiter Tutores, Curatores, negotiorum gestores, aliique Administratores rationum suarum libros suis Principalibus ostendere tenentur, tales quippe rationes non sunt tam Administratorum, quàm Principalium propriæ; quêis uberioris intellectûs gratiâ præmissis, succedunt remedia, quibus hæc exhibitio peti potest, ac postulari. 6

Pro dilucidatione rei varij sunt separandi casus; primus ergò est, quo quis dominium documentorum, testamenti, vel rationum prætendit, in hoc casu ei datur rei vindicatio. Oldendorp. *class. 1. act. 8. in deduct. affin.* 2. quo quis asseverat, instrumenta esse communia; tunc enim, quando inter plures intercedit comunio Univer- 7

versalis, ut inter cohæredes, vel particularis, quemadmodum inter legatarios vel donatarios, vel socios, priores possunt movere Actionem familiæ erciscundæ, posteriores Actionem communi dividundo. 3. casus est, quo quis editionem ex præcedenti contractu deposcit, quales socij, Tutores, vel Curatores, tunc enim conceditur actio ex tali contractu descendens. Ultimus casus est, quô quis nobili officiô Judicis petit exhibitionem rationum, instrumentorum, alteriúsve documenti ob singulare interesse à Personis publicis, quarum interest officij ac functuræ, tales rationes consignare, vel instrumenta conficere, quemadmodum olim erant argentarij. Petere itaque possunt, quorum interest exhiberi, & si Prætor seu Magistratus præcepit edere, huic verò præcepto non obtemperatum est, eo casu oritur actio in factum Prætoria, *l. 4. l. 6. §. 8. ff. de edend.*

Est hæc Actio Prætoria, personalis, pœnalis saltem ex parte rei conventi, cujus causa remota est delictum, ambitiosa aspernatio decreti Magistratûs, proxima est obligatio; datur illis, quorum principaliter, aut in consequentiam interest, exhibitionem fieri, & eorum hæredibus, *l. 6. §. 5. ff. eod.* adversus edere detrectantes, non verò contra eorum hæredes, nisi ex propriô factô teneantur, *l. 9. §. 1. ff. de edend.* si plures sunt, omnes edere debent, aut saltem unius editioni subscribere. *l. 6. §. 3. ff. eod.* conceditur ad id, quod interest. *l. 6. §. 4. l. 8. l. 10. §. 3. ff. cit. tit.* Annalis est, *l. fin. ff. dict. loc.* Brunnem. *ad dict. l. fin.* & communiter Doctores. 8

ACTIO

Quæ oritur ex pacto.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit pactum, & quomodo distet à pollicitatione.*
2. *An ex pacto nudo detur actio.*
3. *De jure Civili nulla oritur.*
4. *Solvuntur objectiones.*
5. *Nec de jure Canonico.*
6. *Diluuntur opposita.*

1 DUodecima Actio in hac prima Pandectarum parte oritur ex pacto. Pactum autem in genere, quatenus abstrahit à contractu, definitur, quòd sit duorum vel plurium in idem placitum consensus de dando, vel faciendo, *l. 1. §. 2. ff. de pact.* per quæ ultima verba à sententia distat; à pollicitatione dissidet, quòd hæc sit unius duntaxat of-

offerentis promissio, adeóque pactum solùm incompletum, nec inducat obligationem justitiæ, nisi sit acceptata, *l. 3. ff. de pollicit.* aut facta Reipublicæ, *l. 1. §. 1. l. 6. §. 2. ff. eod.* acceptatur enim tunc à lege, per quod discernitur à pollicitatione privata.

2 Hinc quæstio oritur, an ex pacto nudo nascatur actio, ubi distinguendum est inter Jus, Naturale, Gentium, & Civile: de jure naturali & Gentium nulla est differentia inter pacta nuda & contractus quoad vim obligandi, & producendi remedium agendi, ex fundamentali ratione, quòd seclusâ lege positivâ ad inducendam obligationem naturalem plus non deposcatur, quàm serius, isque deliberatus consensus in obligationem, qui non minùs in pacto ac contractu intervenit, æquitas enim naturalis exigit, ut, quod deliberata conventione est promissum, adimpleatur, quæ ratio cùm tam in pacto, quàm contractu militet, nullum erit substernendum discrimen quoad productionem obligationis efficacis. Nascitur ex pacto nudo igitur actio de jure gentium, non quidem talis, quæ juxta RomanæCivitatis jura formata est, sed talis duntaxat, qualis de more agendi est apud alias nationes jure Romano non utentes, quæ instituuntur absque solennitate, si enim pacta servanda sunt, alio modo servari nequeunt, quàm vi actionis. Eckolt. *ff. de pact. §. 9.* Gletle *select. quæst. part. 1. quæst. 20. n. 14.* Hærsolte *part. 1. act. 14.*

De Jure verò Civili pactum nudum generat equidem etiam obligationem naturalem, nulla quippe est lex, quæ nudum pactum adeò infirmet, ut obligatio naturalis non consurgat, quin contrarium ostenditur ex *l. 5. §. 2. ff. de solut.* ubi dicitur, quòd Usuræ pacto promissæ naturaliter debeantur, 2.dò ex *l. 95. §. 4. ff. eod.* ubi pacto nudo conceditur vis obligationem naturalem tollendi, ergo quoque eam sortietur inducendi. Actio tamen de Jure Civili ex pacto nudo non nascitur, quod probatur 1. ex *l. 27. Cod. de locat. & conduct.* ubi Impp. Dioclet. & Maxim. disertissimè rescribunt, ex nudo pacto jure nostro non nasci actionem: 2.dò ex *l. 7. §. 4.* & *l. 45. ff. de pact.* in quibus asseritur, quòd nudum pactum ad actionem nequeat proficere. Ratio hujus est, quoniam magis expedit quieti publicæ actionem pacto nudo denegare, si enim ex quovis pacto nasceretur actio, causarũ multitudine Curiæ & Judicia adeò adimplerentur, ut vix salus Reipublicæ non periclitetur; utilius igitur esse Conditores Legum arbitrati sunt, non omnia, quæ inter homines aguntur, vinculis legis constringi, sed aliqua eorum fidei relinqui. 3

Nec obstat textus in *l. 7. §. 7. ff. de pact.* ubi Prætor pacta conventa custodiri jubet; sensus enim illius legis est, ut quovis modo custodiantur, vel opposita exceptione, 4

ne, vel impediendô soluti repetitionem, non verò absolutè dandô actionem. Minùs adversatur textus in *l. 3. §. 4. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* ex casu enim legis liquet, eam non loqui de nudo pacto, sed contractu innominato, uti ex præcedenti *§. 3. dict. l.* corroboratur. Quæ postremò scribit Paulus in *l. 10. ff. de oblig. & action.* non sunt subaudienda in eo sensu, quasi Actio sit infallibile signum obligationis naturalis, sæpè quippe contingit, ut oriatur obligatio naturalis, quin detur actio, quemadmodum ex alijs principijs patet.

5 Sicut autem de Jure Civili ex nudo pacto nulla datur Actio, ita nec de jure Canonicô, nullus enim apparet hujus Juris textus, per quem Jus Civile sit correctum, ergo si de jure Civili Actio non oritur, idem de jure Canonico tenendum erit, stringente in hac indifferenti materia argumento *Cap. 1. de nov. op. nunt.*

6 Opponi solet *Cap. 1. Extr. de pact.* ubi hæc formalia leguntur: *Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus, si se non cohibuerit, Ecclesiasticam sentiat disciplinam: dixerunt Universi, pax servetur, pacta custodiantur.* Nullum verò ex hoc concludens argumentum in contrarium evincitur, casus siquidem *cit. cap. 1.* quemadmodum ex Gonzalez *ad idem cap.* depromitur, talis est: Antigonus & Optantius vicini Episcopi convenerant, ne alter alteri plebem subtraheret; Antigonus pactum jugiter firmitérque custodivit, non verò Optantius, sed populum ad se allexit, quem Antigonus in Concilio Africano convenit, exclamârunt Patres Concilij, *pax servetur, pacta custodiantur.* ex quo haud dubiè liquet, in *dict. Cap. 1.* agi de contractu innominato, in specie concluso, *non subtraham tibi plebem, ut nec tu mihi subtrahas;* hinc Actione præscriptis verbis Antigonus Optantium pulsare potuit, cùm ex sua parte, quod conventum est, adimpleverit. Objicitur 2. *cap. 3. Extr. de pact.* in quo dicitur: *studiosè agendum, ut ea, quæ promittuntur, opere compleantur.* Respondeo, ex hoc neutiquam sequi, ex nudo pacto oriri actionem, quoniam & in *l. 7. §. 7. ff. de pact.* idem asserit Prætor, & tamen non sequitur, de jure Civili actionem ex nudo pacto dari, quin & adversarijs incumbit probare priùs, in *dict. Cap. 1.* agi de nudis pactis.

ACTIO

Quæ datur occasione transactionis.

SUMMARIUM.

1. *Quale remedium nascatur ex transactione.*

2. *Hodie à potiori datur actio præscriptis verbis.*

1 DEcima tertia Actio est, quæ occasione transactionis datur, quæ quidem in se non est conventio, sed potiùs actus, qui per conventionem absolvitur; Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exerc. 6. thes. 54.* ibique Petrus Myller. Si igitur transactio fit per nudum pactum, nec extinguit antiquam, nec novam producit Actionem, si autem antiqua moveatur, per exceptionem submovetur: *l. 17. l. 19. 28. & 39. Cod. de transact.* quòdsi enimverò reus exceptionem omittit, causa de novo erit movenda, *l. 14. Cod. eod.* si autem reus à decisa transactione recedit, actor nullam habet actionem vi transactionis sibi acquisitam, sed antiquam movere debet, *l. 27. Cod. cit. tit.* cui si reus exceptionem opponit, actor per replicationem doli commodum transactionis sortietur. Hodie verò hæ distinctiones, cùm de consuetudine ex nudo pacto detur actio, nullam afferunt utilitatem.

Quando verò transactio non per nudum pactum, sed per contractum innominatum fuit celebrata, 2 ex gr. si actori reus aliquid dederit, ut liti renunciet, si Actor exinde à transactione recedere attentet, per exceptionem litis transactione finitæ repelletur, aut poterit actione præscriptis verbis compelli, ut à lite noviter mota desistat: quòdsi utrique libuerit transactioni renuntiare, reo dabitur condictio causâ datâ causâ non secuta, exindéque causa ex integro agetur, si autem postremò nuda stipulatione transactum est, datur ad promissum præstandum actio ex stipulatu. *L. 6. l. 33. Cod. de transact.* quando simul pœna est adjecta, agitur ad eam persequendam, & datam repetendam, aut ad transactionem implendam, non verò ad utrumque, *l. 37. l. 40. Cod. dict. loc.* nisi aliter circa pœnam sit conventum, *l. 16. ff. eod.*

ACTIO

Negotiorum gestorum directa.

SUMMARIUM.

1. *An sit actio prætoria, vel civilis.*
2. *Quibus & adversus quos detur.*
3. *An detur illi, qui negotia cum alio sibi communia gessit.*
4. *Quodnam sit ejus objectum, & qualis in ea præstetur Culpa, prolixior deductio.*
5. *Resolvuntur objectiones.*
6. *An gestor teneatur de non gestis.*

1 DEcima quarta actio est negotiorum gestorum, ex quo quasi contractu duplex enascitur actio, directa & contraria, priorem juxta ordinis rationem deducam; quæ describi potest, quòd sit actio personalis, Civilis, rei persecutoria, bonæ fidei, competens negotiorum Domino adversùs gestorem ad omne id, quod ex hoc quasi contractu præstare debet, *l. 3. §. 7. ff. hic.* nec obstat, quòd Prætor in *d.l.* eam polliceatur, adeóque Prætoria esse videatur, quemadmodum arbitratur Wisenbach *ff. de negot. gest. n. 10.* ad hoc enim, ut actio sit prætoria, non sufficit, quòd à Prætore in suo Edicto sit approbata, sed ut substantiam & vitam à Prætore tanquam ejus Authore sortita sit, *§. 3. instit. de Action.* Lauterbach *ff. de negot. gest. thes. 12.* Petrus Myller. *in not. ad Struv. synt. jur. Civil. exercit. 7. thes. 51.* opponitur 2.dò textus in *l. 46. ff. de O. & A.* ubi actiones ex quasi contractu ortæ ex re venire, adeóque reales esse dicuntur; sed non impedit hoc, quò minùs Actio hæc sit personalis, sicut enim vocabulum *ex re* varias sibi vendicat significationes, ita sæpènumerò pro eo accipitur, quòd tacitè seu absque conventione fieri solet, quò collimat textus *in L. Labeo ait 2. ff. de pact.*

2 Causa ergo remota hujus actionis est negotiorum gestio, proxima est inde orta obligatio, datur negotiorum Dominis, *L. 47. ff. de negot. gest.* & eorum hæredibus, *l. 3. §. 7. ff. eod* nec refert, cujus sint ætatis aut conditionis, ficta quippe hic sufficit voluntas, *dict. l. 3. §. 5. & 6. ff. cit. tit. l. 46. ff. de oblig. & act.* adversùs gestorem, ejúsque hæredes; contra illos, qui ex generali Juris regula obligari nequeunt, non protenditur hæc Actio, quales sunt furiosi, mente capti, infantes, pupilli, minores Curatore carentes, qui omnes absque tu-

tu-

torum vel Curatorum suorum Authoritate aliena negotia gerentes aliter non obstringuntur, quàm si sint facti locupletiores; *l. 3. §. 4. ff. de negot. gest.* adversùs fœminas generaliter conceditur hæc actio, *d. l. 3. § 1.* ratio est in textu, cùm verba *si quis* quoque comprehendant fœminam; 2.dò datur & contra eum, qui per alium aliena negotia gessit, *l. nam & 21. §. 3.* hinc actio negotiorum gestorum subinde concurrit cum actione mandati. 3.tiò datur adversùs patrem negotia filij emancipati, seu res à se donatas administrantem, *l. litis contestata §. ult. ff. de negot. gest.*

3 Ambigitur autem, an hæc actio porrigatur quoque contra illum, qui negotia sibi & alteri communia gessit. Ubi communiter distingui solet, aut enim potuit gerere suum unius negotium, quin gerat totum, ex. gr. si integrum debitum hæreditarium exsolvit, eo casu ei datur hæc actio: *l. 31. §. ult. l. 40. ff. de negot. gest. l. 3. Cod. eod.* aut gerere ita suum non potuit, quin non simul gereret alienum, & hoc in passu ei hæc actio non conceditur, v. gr. in liberatione pignoris, vel cautione hæredum nomine de damno infecto facienda. Bacchovius *in Treutl. vol. 1. disput. 10. thes. 10. thes. 3. litt. G.* Garsias *de expens. cap. 19. n. 2.* Cujac. *lib. 26. observ. 36.* Donell. *lib. 15. cap. 15.*

4 Porrò objectum hujus actionis sunt negotij gesti rationes, tenetur enim gestor administrationis suæ rationes exactè reddere, *§. 1. Inst. de oblig. quæ ex quas. contract. l. 2. ff. de negot. gest.* in qua rationum redditione illud præcipuè consideratur, quòd vel in omittendo vel committendo per suam culpam minùs rectè gessit. Obstringitur autem gestor ad præstationem culpæ levis, *l. tutor 20. Cod. de negot. gest. l. 11. ff. eod.* ratio est in promptu, cùm, etsi nullam inde capiat utilitatem, ob idque juxta regulas Juris solam præstaret culpam latam, pro gradu tamen culpæ reputetur ultronea negotiorum alienorum arrogatio, *l. 36. ff. de R. J.* quin multi, quos refert Lautterbach *ff. de negot. gest. §. 16.* indistinctè tuentur, eum teneri ad culpam levissimam, inter quos est Bachovius *in Treutler. vol. 1. disput. 10. thes. 15.* Donell. *lib. 15. cap. 15.* Struvius *syntag. Jur. Civil. exercit. 7. thes. 50.* Vinnius *in §. 1. Inst. de oblig. quæ ex quas. contract. nasc.* solidant suam doctrinam in *cit. §. 1.* verbis finalibus, ubi Justinianus negotiorum gestorem expressè ad culpam levissimam adstringit:

Nec in contrarium movent verba paulò pòst subsequentia, *si modò alius diligentior eo commodiùs &c.* 5
hæc enim verba potiùs confirmativa, quàm limitativa esse ajunt, quoniam commodatario ijsdē verbis culpæ præstatio injungitur, *§. 2. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* & tamen certum est, eum ad præstatio-

stationem culpæ levissimæ obstringi, *l. 1. §. 4. ff. de O. & A.* Robur suæ opinioni ulteriùs conciliare student per *l. 25. §. 16. ff. famil. ercisc.* ubi Paulus ait, cohæredem & collegatarium in re sibi cum altero communi duntaxat dolum, & eam culpam præstare debere, quam rebus suis locat, nec eos similes negotiorum gestoribus, qui majorem culpam præstare debent, quàm rebus suis. At meo Judicio hæc parùm solida, hinc eorum sententiæ subscribo, qui negotiorum gestorem regulariter ad culpam solùm levem obligant, per *L. 11. ff. de negot. gest. L. 20. Cod. eod.* quin subinde duntaxat ad latam, si quis amicitiâ motus negotijs aliàs perituris se immiscuit, *l. 3. §. 9. ff. dict. tit.* Tuldenus *in Cod. eod. à n. 4.* Perez. *ibid. n. 4.* Lautterbach. *ff. dict. loc.* & plures relati ab Harpprecht. *Inst. de oblig. quæ ex quas. contr. nasc. n. 41.* Non nego equidem, esse quosdam casus, queis gestor ad culpam levissimam obligari potest, quando videlicet gerendo negotio se obtrusisset, illúdque alius longè perfectiùs ac accuratiùs confecisset, per *cit. verb. final. cit. §. 1.* Viglius *in method. jur. controvers. lib. 2. cap. 5.* Lautterbach. *dict. loc. §. 16.* quin potest contingere, ut non modò culpa levissima, sed & casus fortuitus præstandus veniat, si gestor non Domini negotiorum, sed proprij lucri causâ negotia est aggressus, *L. 6. §. 3. ff. dict. tit.* quod idem dicendum, si moram in rebus restituendis committat, *L. cum res §. ult. ff. de legat. 1.* 2. si causa seu qualitas negotij majorem sibi deposcat diligentiam, quandó insolitum, & à loci consuetudine exorbitans negotium gessit, *dict. L. 11. ff. de negot. gest.* Quæ superiùs in contrarium sunt adducta, non sunt adeò momentosa, ut me in eorum trahant sententiam, ad 1. enim repono: proprietas verborum in *dict. §. 1. Inst. de obligat. quæ ex quas. contr.* clarior est, quàm ut pro verbis confirmativis accipi possint, quæ ex natura sua sunt limitativa. Nec obstat *allegat. §. 2. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* quemadmodum enim in negotiorum gestione actualis alterius concursus requiritur, ita in casu *dict. §. 2.* non sufficit sola potentia, vide Vinnium *ibid.*

Aliud dubium est, qualiter 6
gestor teneatur de non gestis. Pro pleniori hujus declaratione est distinguendum, considerandúmque, utrùm plura fuerint negotia, an unum solùm: in priori casu, si constat gestorem eô animô aggressum esse negotia, ut omnia expediat, atque ex his aliqua omisit, aut in præjudicium Domini à cœptis destitit, tunc æquè datur adversùs eum actio negotiorum directa de neglectis, ac de gestis, *L. 15. ff. de negot. gest.* ratio est, quòd, quamvis plura sint negotia, unicus tamen sit quasi contractus; si autem gestor ad negotia accessit, ut cer-

ta & determinata, non omnia expediret, tunc solùm illa determinata, quæ sibi conficienda arrogavit, absolvere tenetur, *L. 20. Cod. eod.* aut si unum jam est finitum, alterum, quod non est aggressus, perficere neutiquam obligatur, *l. 36. §. qui se ff. de administr. tut.* ratio est per se manifesta, quoniam gestori non omnium rerum administratio, sed solùm earum, quas in se suscipere præ cœteris maluerit, incumbit. Si verò unum esset negotium conficiendum, tunc semel à gestore susceptum haud dubiè perfici debet. Datur igitur hæc actio ad omne damnum resarciendum, quod culpâ gestoris, superiùs explicatô modô, evenit, prætereа ad restituendum omne id, quod intuitu gestionis ad gerentem pervenit, *L. 8. §. 1. ff. de negot. gest.* adeóque ut, si fortè indebitum ei fuerit solutum, illud refundere obstringatur; *L. 23. ff. eod.* quin si otiosas pecunias penes se retinuerit, ad Usuras obligatur: *L. 19. §. 4. L. 31. §. 3. L. 37. §. 1. ff. de Usur. & fruct.* Si autem gestor sit absentis Domini, cujus negotium gerit, debitor, pecunias debitas in rationes Domini referre, & Usuras præstare debet, si nempè dies exactionis jam cessit. *l. 6. §. final. & L. 38. ff. de negot. gest. ibique eleganter Gloss.* Lautterbach. *ff. eod.* §. *20.* Cœteroquin hæc Actio, cùm Civilis sit, & bonæ fidei, suâmet naturâ est perpetua, *l. 8. Cod. eod.* & tametsi contraria admitteretur sententia, propugnans hanc Actionem esse prætoriam, idem prorsùs dicendum foret, liquet enim ex aliis principiis, quòd & actiones Prætoriæ sint perpetuæ, si rei sint persecutoriæ, atque actus Jure Civili probatos non reprobent.

ACTIO

Negotiorum gestorum contraria.

SUMMARIUM.

1. *Definitur hac Actio.*
2. *In quantùm detur adversùs pupillum.*
3. *Solvitur objectio.*
4. *Qualis detur actio adversùs negotia ratificantem.*
5. *Solvuntur opposita.*
6. *Quibus casibus hac actio cesset.*

1 DEcima quinta est Actio negotiorum gestorum contraria; quemadmodum enim Domino negotiorum competit Actio directa adversùs gestorem, uti fusiùs est deductum, ita gestori adversùs Do-

Dominũ conceditur actio contraria ad suam indemnitatem consequendam, juxta communem Regulam, quòd officium nemini debeat esse damnosum. *l. 7. ff. testam. quemadm. aper.* Describi potest, quòd sit Actio Civilis, personalis, rei persecutoria, concessa negotiorum gestori adversùs eorundem Dominum, ad omne id, ad quod ipse ex hoc quasi contractu obligatur; Causa remota est quasi contractus, proxima est obligatio, datur gestori, & ejus hæredibus, adversùs Dominum negotiorum & ejus hæredes; *L. ait Prætor 3. §. 7. ff. de negot. gest.*

2 Adversùs pupillum in tantum datur, in quantum tempore litis contestatæ reperitur factus locupletior, *L. 37. ff. eod.* tametsi in cœteris non deposcatur Utilitas permanens, sed sufficiat, si semel utiliter sit gestum, *L. 10. §. 1. ff. dict. tit.* Haunold. *tom. 4. tract. 10. cap. 13. n. 1104.* Magnificus de Bassis

3 *decis. 2. n. 15.* Nec adversatur, quòd ex gestione tutelæ & Curatelæ pupillus & minor, etsi non sint facti ditiores, suis tamen tutoribus & Curatoribus adstringantur resarcire damnum, quod ex tutelæ aut Curatelæ gestione gerentibus obtigit, ergo idem asserendum videatur de gestione negotiorum: Ratio enim disparitatis est, quòd negotiorum gestor liberè ac spontaneô arbitriô ad gestionem accedat, secùs Tutores & Curatores, qui etiam inviti compelluntur ad officia. *L. 6. & 37. ff. de negot. gest.* Non modò autẽ negotia veræ personæ, sed & fictæ geri queunt, *L. 3. §. 6. L. 21. §. 1. ff. eod.* veluti hæreditatis, Universitatis, Collegij, aut alterius Corporis; videatur Petr. Myllerus *in not. ad Struvium syntagm. Jur. Civil. excit. 7. thes. 46.*

Hic autem aliud oritur dubium, 4
qualis videlicet Actio contra illum detur, qui negotia gesta ratihabuit? ut quæstio magis liqueat, distinguendum est, utrùm ratihabitio accedat negotio nondum perfecto, aut jam perfecto & consummato; priori casu generat actionem mandati utrinque; *L. ult. Cod. ad SCt. Macedon. L. 25. Cod. de donat. int. vir. & uxor. L. 60. ff. de R. J.* posteriori autem casu haud indistinctè, & quoad omnia talis ratihabitio potest æquiparari mandato, *L. 20. §. 1. ff. mandat.* ratio est, cùm ad essentiam pleni mandati requiratur, ut voluntas mandantis influat in voluntatem mandatarij, eámque determinet ad agendum, quod fieri nequit, si opus jam omnibus numeris sit absolutum; hinc ulteriori opus est distinctione, aut enim quis negotium alienum, & quidem alieno nomine gessit, & tale negotium, quod alieno nomine est gestum, ratihabere non possum, *L. 6. §. 6. ff. eod. Cap. 9. de R. J. in 6.* nisi ex tali negotio ad me aliquid pervenit, *cit. L. 6 §. 9. ff. dict. tit.* cujus exemplum præstituit Brunnemannus *ad ff. cit. §. 9.* aut negotium

meum fuit administratum, & quidem meo nomine, idque ego ratifico, possum quidem conveniri actione mandati contraria, adeóque in quantum meum consideratur præjudicium, ratihabitio æquiparatur mandato; *l. 60. ff. de R. J.* directa tamen actio mandati adversùs gerentem non competit, consequenter in quantum spectatur meũ commodũ, ratihabitio mandato non æquivalet, ex fundamentali ratione, quòd mea voluntas gerentem ad agendum non determinaverit; considerato igitur Juris effectu mandatum non intercessit, aliàs illud sequeretur absurdum, quòd voluntate mea subsequente ita mutari possit negotium, ut nova consurgeret actio. Datur ergò adversùs gerentem Actio negotiorum gestorum; *L. 9. ff. sæpe dict. tit.* videatur Gyphanius *in L. 3. Cod. de contrah. stipulat.* Bacchov, in Treutler *vol. 1. disput. 10. thes. 9.* Brunnem. *in L. 9. Cod. dict. tit.* quô locô tamen adverte, ad plenum ratificationis hujus effectum requiri, ut fiat intra illud tempus, intra quod Actus de novo celebrari potest, exemplum prodit *text. in L. 24. ff. rem rat. haber.* in verb. *bonorum possessionem ab alio agnitam ratam haberi oportere eô tempore, quô adhuc in eâ causâ sit, ut peti possit, itaque post centesimum diem rata haberi non potest.*

5 His hactenùs deductis, & quòd ratihabitio æquiparetur mandato, varia obstare videntur Juris principia, & primò quidem *text. in l. 13. ff. de his, qui not. infam.* ubi dicitur, quòd, si filius, insciô patre, viduam intra annum luctûs in uxorem duxit, patérque ratas habuit nuptias, non notetur infamiâ, haud dubie notandus, si præcedênte ejus mandato filius duxisset Viduam adhuc lugentem, *l. 11. §. ult. ff. eod.* Mihi videtur dicendum, in Edicto Prætoris de infamiâ, & alijs nonnullis Juris articulis ratihabitionem retrotrahi non posse, quando nimirum mandatum & consensus præcedens ad substantiam actûs exposcitur, quemadmodum juxta aliquorum opinionem in nuptijs, per *text. in princ. Inst. de Nupt.* in præstanda tutoris Authoritate, *l. 9. §. penult. ff. de Auctor. præst.* in aditione hæreditatis à filiofamilias facta, *l. 6. & 25. §. 4. ff. de acquir. vel omitt. hæred.* Videatur Ludvvell *ad L. 60. ff. de R. J.* Wissenbach. *eod.* ubi defendit, nec Justiniani novam Constitutionem in *L. 25. Cod. de donat. inter vir. & uxor.* ad illos actus pertinere, ut in eis Ratihabitio retrotrahi possit. Addatur Magnif. de Bassis *in L. ult. Cod. ad SCt. Maced.* Conceditur hæc actio ad repetendos sumptus (si pupillum excipias, per superiùs dicta) etsi effectus commodi non sit permanens. *l. 10. §. 1. l. 12. §. 2. ff. de negot. gest.*

Porrò plurimi occurrunt casus, 6
queîs hæc actio vel in totum, vel saltem pro parte cessat. Exempla extant,

ſtant in *l. 6. §. 3. ff. eod.* ſi videlicet non intuitu Domini, ſed proprij lucri causâ negotia quis geſſit, tantummodò in id poteſt conveniri, in quantum eſt factus locupletior; in totum verò hæc actio ceſſat, ſi quis inviti & renuentis negotia geſſit, *l. fin. Cod. de negot. geſt.* 2. ſi animô donandi, vel quia ex officio & de Jure adſtrictus erat, negotium confecit. *l. Neſennius 34. ff. eod. l. officio 5. & l. quod in 13. eod. tit.* præſumitur verò donandi animus, ſi ſumptus affectionis vel pietatis causâ fiunt, ſicut in alimentis filio ſubminiſtrandis, niſi geſtor per contrarias conjecturas talem præſumptionem poſſit elidere; Legatur prolixior tenor *dict. l. 34. ff. de negot. geſt.* Sichard. *in l. 1. Cod. eod.* Struvius *ſyntag. jur. Civil. exercit. 7. theſ. 54.* ibique Petr. Myllerus *in not.* ubi plures ſubſternit exceptiones. In reliquis qualitatibus hæc actio aſſequitur naturam actionis directæ, non malè tamen de his notat Beckmannus *in §. 1. Inſt. de oblig. quæ ex quaſ. Contract. naſc.* eas hodie eſſe valdè raras, refrigeſcente hominum charitate, pauci enim occurrunt, qui res alienas ob Dominorum abſentiam vel impedimentum fideliter adminiſtrare ambiunt.

ACTIO
De Calumniatoribus.

SUMMARIUM.

1. *Quis dicatur Calumniator.*
2. *Deſcribitur hæc actio.*
3. *Quando delictum cenſeatur conſummatum.*
4. *Quibus hæc actio,*
5. *Et contra quos detur.*
6. *Quodnam ejus objectum.*
7. *Quamdiu duret, & an ſit famoſa.*

1 DEcimum ſextum locum ſortitur actio de Calumniatoribus. Calumniator derivatur à veteri verbo *Calvire*, velut *cavillari*, quæ verba nihil aliud denotant, quàm *decipere*, *fruſtrari. l. 233. ff. de V. S.* ortum eſt autem hoc verbum à Calvis Mimis, quos ſi quis capillis comprehendere intendat, fruſtratur & decipitur, per ea, quæ notat Alciatus & Gœddæus *in dict. L. 233.* Antonius Delre *de jurament. Calum. cap. 1. n. 37.* quot modis calumnia accipiatur, exponit Petr. Myllerus in *not. ad Struvium Syntagm. Jur. Civil. exercit. 7. theſ. 56.* re ipsâ autem calumniatores ſunt, qui temerè controverſias

ſias movent, *l. 39. §. 1. ff. de liberal. cauſ.* vel jus perversè interpretantur, *l. penult. ff. ad exhibend.* aut moram, latebras, effugia quærunt, morantur agendô, excipiendô, vel denique judicandô: in ſenſu verò huic titulo deſerviente dicuntur calumniatores, qui pecuniam acceptant, vel depecti ſunt, ut calumniæ causâ negotium facerent, vel non facerent. *l. 1. in princ. ff. de Calumniat. l. 19. ff. ad exhib. l. 1. §. 1. ff. ad Sct. Turpill.* & quemadmodum hæc improbitas varijs compeſcitur modis, prout patet ex *tit. Inſtit. de temer. litigant.* ita Prætor ſingulare propoſuit Edictum, & inde enatam actionem.

2 Eſt hæc actio Prætoria, perſonalis, pœnalis, cauſa ejus remota eſt delictum, videlicet acceptatio pecuniæ, ut alteri calumnioſum negotium moveatur, vel non moveatur; ſumitur autem pecunia in noſtro ſenſu latè, quatenus quamlibet rem denotat, ex quaquis lucrum ſentire poteſt, *l. 1. §. fin. & l. 2. ff. de calumniat.* ex. gr. ſi aliqua foret remiſſa obligatio, eum in finem, ut negotium quis faceret. *l. 3. ff. eod.* & licet negotium non facere verè non ſit delictum, eſt tamen inhoneſtum, eam ob cauſam accipere pecuniam, ſiquidem per ſe ex amore virtutis à malo eſt abſtinendum, juxta doctrinam Ulpiani, in *l. 7. §. 3. ff. de pact.* in verb. *ſi ob maleficium, ne fiat, promiſſum ſit, nulla eſt obligatio ex hac conventione.*

3 Porro hoc delictum cenſetur eſſe conſummatum mox, poſtquam pecunia fuit acceptata, ut negotium fiat, vel non fiat, nec refert, ſive effectus ſit ſubſecutus, ſive non. *l. 3. §. 1. ff. de calumn.* & Brunneman. *ibid.*

Subjectum autem hujus actionis conſtituunt perſonæ, & activum quidem, queis hæc actio competit; 4
Conceditur verò illis, quorum intuitu pecunia eſt promiſſa, remiſſa, vel data. Dilucidatur res figuratione caſûs: Titius dedit Mævio centum, ut Sempronio negotium faceret, actio hæc non competit Titio ad ſuas pecunias repetendas, ſed Sempronio; ob turpem quippe cauſam Titius dedit, ob turpem itidem cauſam Mævius accepit, quo caſu, cùm tam ex parte Titij dantis, quàm Mævij accipientis turpitudo verſetur, à dante pecunia repeti nequit, *l. 3. ff. de condict. ob. turp. cauſ.* niſi fortè miſericordiâ ductus quis aliquid præſtiterit, ne alteri negotium faceſſatur, in quo caſu dans repetitionem habet, ex ratione, quòd nulla ex parte dantis verſetur turpitudo Lauterbach. *ff. de calumniat. theſ. 6. in fin.* Hæredibus non datur, quoniam vindictam & ultionem fovet, adeóque naturam actionis injuriarum ſortitur, morte igitur aboletur, cùm omnem injuriam deleviſſe morientes præſumantur.

Subjectum paſſivum ſunt perſonæ, contra quas hæc actio porrigitur; conceditur verò contra illum, qui accepit pecuniam, aut alium 5
quem-

quemvis quæstum, vel lucrum sibi comparavit, ut litem moveret, vel ab ea proposita desisteret. *l.1. §. ult. l.2. l.3. ff. de calumn.* nec refert, utrùm hæc molesta controversia ab accipiente, vel procuratore illata sit: minùs interest, sive Judiciũ sit Criminale sive civile;, *l.1. ff. eod.* de quo subjecto passivo videantur Oldend. *class. 1. act. 10.* Casparus Manzius *de calumn.* Petrus Myllerus *in Struvium Syntagm. Jur. Civil. exercit. 7. thes. 58.* ad hæredes non descendit, nisi quid ex accepto ad eos pervenit, *l.5. ff. de calumniat.* ratio est, quia turpia lucra à possidentibus sunt extorquenda. Manz. *dict. loc. n. 30.* Oldendorp. *class. 1. act. 10.* juxta doctrinam Castrensis in *dict. l.5. ff. de calumn.*

6 Objectum hujus actionis est quadruplum, *l.1. ff. eod.* an verò totum quadruplũ locò pœnæ veniat, itaut hæc actio sit merè pœnalis, vel triplũ in pœnam, simplum verò in rei persecutionem computetur, non una est sententia; posterius crebriùs est receptum. Oldendorp. *class. 1. action. 10.* Manzius *de calumn.* Struvius *Syntag. Jur. Civil. exercit. 7. thes. 60.* tametsi enim Actor per hanc actionem non persequatur, quod sibi abest ex patrimonio, & hinc detur hæredi actoris, in quadruplo tamen continetur pecunia data tanquam simplum. Concurrentia remedia habet hæc actio inter alia condictionem ob turpem causam, quæ consumitur per actionem prætoriam, secùs per condictionem actio; si verò actor ipse dedit reo, ne infestum se intrudat negotio, hæredi actoris non hæc, sed condictio ob turpem causam datur, *l.4. ff. de calumn.*

Annalem sortitur vitam quoad quadruplum, perpetuam verò quoad simplum, *l.1. ff. de calumn.* Famosam esse defendit post Castrensem Oldendorpius *dict. class. 1. act. 10.* eamque ob rem adversùs personas, quibus debetur de jure singularis reverentia, non datur, sed actio in factum ad simplum. vide latè deducentẽ Castrensem in *l.1. ff. eod.* A Curijs & foro recessisse hanc actionem existimat Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 7. thes. 60.* quò etiam inclinat Duarenus *hoc tit.* ego arbitror cum Joanne Brunnemanno in *l. ult. ff. de calumn.* Davide Mævio *part. 2. decis. 209.* Schiltero & alijs apud Petr. Myllerum *in Struvium exerc. 7. thes. 60.* quòd, si moveatur hæc actio in factum de Calumniatoribus, denegari non debeat, cœteroquin videatur esse rarus hujus actionis usus, puniuntur enim calumniatores pœnâ arbitrariâ. 7

ACTIO

ACTIO

Quod metûs causâ.

SUMMARIUM.

1. Varia sunt præstituta remedia ad actus metu extortos rescindẽdos, quorum primum est exceptio quod metûs causâ.

2. Secundum est Actio antiqua à Prætore restituta.

3. Tertium remedium est Actio quod metûs causa, ejusque ibi descriptio.

4. Datur adversùs metum inferentes.

5. Quin adversùs omnes possessores rei per metum extorta.

6. An actor teneatur refundere pretium?

7. Describitur objectum hujus actionis.

8. Post annum competit in simplum.

1 DEcima septima Actio est Actio quod metûs causâ, Contractus enim & negotia metu gravi extorta etiam jure positivo ipso jure firmitatem quidem sortiuntur, per *L 21. §. 5. & L. ult. §. 1. ff. quod met. caus. L. 4. & L. 5. Cod. eod. Cap. 2. X. eod.* veniunt tamen rescindendi; ut autem metus gravis dici queat, tribus qualitatibus circumscriptum esse oportet, 1. ut sit majoris mali, e. gr. mortis, mutilationis, verberum atrociorum, *L. 6. l. 7. §. 1. ff. cit. tit.* de quâ qualitate scripsi fusiùs in mea *Semicent. select. quæst. quæst. 25. n. 4.* 2. ut metum inferens facilè ad executionem prosilire queat, atque 3. ut metum passus difficulter à se amoliri possit. Ad rescissionem igitur actuum metu absolutorum varia præstituta sunt remedia, & quidem inprimis certum est, eo casu, quo actus metu extorti sunt nulli, nullam nasci implendi obligationem, adeóque si contractus seu negotium perperàm foret impletum, declaratâ nullitate actûs res repetitur; si autem actus non sunt ipso jure irriti, sed solùm infirmi, tunc triplex pro vario casu competit remedium. Aut enim contractus adhuc per traditionem, vel aliud implementum non est consummatus, & in hoc casu metum passis datur adversùs impletionem urgentes exceptio quod metûs causâ, *L. 7. §. 1. de except. & tot. tit. ff. de dol. & met. except.* ratio est per se manifesta, quoniam hoc ipsô, quòd metum passo detur actio, multò magis exceptio ei dari debet, *cap. 71. de R. J. in 6. L. 156. §. 1. ff. eod.* majori quippe æquitati innititur exceptio, quàm actio, juxta *L. 21. ff. de dol. mal.*

&

& met. except. eámque ob rem sæpiùs conceditur exceptio, denegatâ actione, juxta tenorem *Cap. 5. Extr. de except.*

2 Alterum remediũ est antiqua, seu prior actio, quæ rescissô negotiô à Prætore conceditur. *L. 9. §. 4. L. 21. §. ult. ff. quod met. caus. L. 4. Cod. eod.* Brunneman. *in d. L. 9.* Assumit autem hæc actio veteris, seu prioris actionis naturam, ita ut si prior fuerit personalis, & hæc solùm in personam competat, juxta exempla, queîs rem illustrat Brunnemannus *in L. 9. §. 4. ff. quod met. caus.* si enim Titius debet 1000. méque gravi, injustóque metu adegit, ut ego eum per acceptilationem liberem, potero rescissâ acceptilatione agere condictione certi ex mutuo; aut si compulsus sum Titio tradere prædium meum, per hanc translationem amisi ejus dominium, probato exinde metu illato, rescissâque traditione, ago rei vindicatione. Notanter tamen est advertendum, has actiones restitutas non esse directas, sed utiles duntaxat, omnis quippe actio restituta utilis esse solet, *L. 21. §. fin. ff. quod met. caus.* & *L. ult. Cod. quib. ex caus. maj.* Gloss. *in d. L. 9. § 4.* Wisenbach *ad Pandect. part. 1. disput. 13. thes. 1. n. 20.* neque perpetuas, sed quadriennalem habere vitam. Habet igitur metum passus electionem, utrùm actione quod metûs causâ agere velit, an verò, rescissô negotiô, actione restitutâ, unâ tamen electâ, altera excluditur. *d. L. 9. §. 6. ff. quod met. caus.* Nec obstat, quòd actio quod metûs causâ cùm nulla alia actione concurrat, illud namque axioma subaudiendum est de actione, quæ non continetur sub Edicto Prætorio: si verò & concurrens actio continetur sub Edicto, seu, ut Brunnemann. in *d. L. 9. §. 4. in fin.* differit, sit homogenea, eam omninò secum in electionem admittit actio quod metûs causâ, secùs si sit heterogenea, vel extra Edictum.

Tertium remedium est famigerata Actio quod metûs causâ, quæ est actio Prætoria, personalis, in rem scripta, arbitraria, ex natura suâ merè rei persecutoria, arg. *l. 1. ff. sæpè cit. loc.* tametsi ex accidenti & ob commissam contumaciam pœnam persequatur, prout inferiùs speciatim enodabitur. Causa ejus remota est delictum, seu injusta & temeraria metûs illatio, proxima est obligatio: Subjectum illius activum sunt personæ, queîs hæc Actio à Prætore est prodita: videlicet concessa est hæc actio omnibus, qui per vim compulsivam damnum passi sunt, eorùmque hæredibus, *L. 14. §. 2. L. 16. §. 2. ff. quod met. caus.* Ratio autem in *dict. LL.* subjecta planè non est adæquata, cùm non solùm actiones rei persecutoriæ, sed & pœnales hæredibus actoris competant. 3

Datur hæc Actio adversùs illos, qui per irrogationem metûs, seu per vim compulsivam damnum a- 4

lijs intulerunt; nec refert, sive rem metu extortam adhuc possideant, sive non, delinquentes enim semper dolô malô possidere desijsse censentur. *l. 14. §. 5. ff. quod met. caus.* quin tametsi res perempta sit, tamen metum inferens hac actione pulsari potest, cùm semper in mora esse videatur; si autem plures violentiam adhibuerint, omnes equidem tenentur, unius tamen præstatione cœteri liberantur. *cit. l. 14. §. fin. l. 15. & 16. ff. quod met. caus.* Nec obstat textus in *l. 11. §. 2. & 4. ff. ad l. aquil.* ubi dicitur, quòd actiones pœnales ex delicto descendentes contra plures in solidum competant. Ratio est, quia hæc actio ex natura sua est merè rei persecutoria, & solummodò per accidens fit pœnalis. *l. 14. §. 3. ff. quod met. caus.*

5 Secundò, conceditur hæc actio adversùs omnes per metum extortæ rei possessores, absque omni interposito discrimine personarum, sive superioris, sive inferioris sint ordinis, porrigitur namque etiam contra personas fictas, quales sunt Collegia, Universitates, *l. 9. §. 1. ff. quod met. caus.* ratio jam suprà est assignata, cùm sit in rem scripta, *d. l. 9. §. fin. l. 14. §. 3. ff. quod met. caus.* adeò quidem, ut & illi, qui quidem metum non intulerunt, attamen ad arbitrium Judicis rem metu ab initio obtentam non restituunt, æquè ac metum inferentes ad quadruplum adstringantur, propriæ namque culpæ imputare debent, cur statim arbitrio Judicis non obtemperârint; arg. *l. 14. §. 3. ff. dict. tit.* adversùs hæredes autem metum inferentis regulariter non conceditur, nisi ad eos quid pervenerit. *d. l. 16. §. 2. ff. eod.* De eo casu quis ambigere posset, quo ad primum metum inferentis hæredem aliquid pervenit, sed ab eo id totum consumptum est, utrùm cœteri subsequentes hæredes in id saltem adstringantur, & Actio in simplum contra eos moveri queat? quod absolutè affirmandum puto, rationem reddit Paulus in *l. 16. ff. quod met. caus.* quia sufficit semel pervenisse, & sequentes hæredes in hæreditariam succedunt obligationem: quò etiam collimat textus in *l. 19. §. 21. eod.* Signanter nihilominùs est notandum, casu, quo res apud bonæ fidei possessorem ante litis contestationem perempta est, eum omninò liberari ab omni ulteriori præstatione, nisi inde sit locupletior factus. *l. 14. §. 5. & l. 18. ff. quod met. caus.*

Alterum non minùs dubium est, 6
an Actor pretium bonæ fidei emptori, quod exposuit, refundere teneatur? quo casu interest, utrùm actor à metũ inferente aliquid vicissim acceperit, vel secùs: si enim ex contractu per metũ extorto aliquid accepit, illud restituere tenetur, si autẽ negotium metu obtentum fuerit merè lucrativum, tunc actor ad nihil tenetur, quamvis inferens ex: gr. vendiderit, & bonæ fidei emptor

tor pretium quoddam præstiterit. arg. *l. 23. Cod. de rei vindic. l. 2. Cod. de furt.*

7 Porrò objectum hujus Actionis sunt res per vim compulsivam amissæ; ex nativa enim indole sua hæc actio solummodò res persequitur, cum omnibus fructibus, & accessionibus, totóque interesse, & quidem à malæ fidei possessore non modò perceptos, sed & percipiendos, quemadmodùm specificat Ulpianus in *l. 12. ff. quod met caus.* bonæ fidei verò possessor solummodò condemnatur in exstantes; arg. *l. 18. ff. eod.* ibique Brunnem. Struvius *syntagm. Jur. Civil. exercit. 8. thes. 20.* quòdsi verò quis intra annum hac actione conventus arbitrio Judicis non obtemperaverit, sive metûs illati conscius, sive nescius, condemnabitur in quadruplum. *l. 9. §. fin. ff. quod met. caus. l. 14. §. 3. & fin. ff. eod. l. 35. ff. de O. & A.* quadruplicatur autem id, quanti res ea erit, id est, cum fructibus, & omni causa, sicut ait Ulpianus in *l. 14. §. 7. ff. quod met. caus.* hoc quadruplum autem quoque continet rei persecutionem, ita ut quoad simplum sit rei persecutoria, quoad triplum verò pœnalis, per text. litteralem in *l. 14. §. 9. & 10. ff. eod.*

8 Decurso verò anni spatio datur in simplum, & quidem in perpetuum, sed non nisi causâ cognitâ; in causæ verò cognitione id præcipuè versatur, quòd, si alia ad rem atque interesse consequendũ competat actio, præsens, quàm hic deduxi, cesset. *l. 14. §. 2. ff. eod.* pro dilucidatione hujus rei exemplum proponit Ulpianus *in §. 2. cit. l. 14.* quô metum passus decessit relicto hærede, qui contra possessorem malæ fidei, id est, metûs conscium petitione hæreditatis experitur, ex manifesta ratione, quoniam talis pro possessore possidet, adeóque juxta naturam petitionis hæreditatis semper pulsandus venit; indirectè quidem, & merè occasione rei per præscriptionem amissæ breviori tempore hæc actio, etiam quatenùs solùm in simplum competit, extinguitur, præsertim de Jure Codicis, quó mala fides antecessoris non adversabatur successori immediato, quod etiam de Jure Novellarum obtingere potest, si res ad tertium possessorem mediatum devoluta est, qui intra spatium decennij eam præscribere potest; illud adhuc in hac actione singulare est annotandum, quòd, etsi sit Prætoria, & actum Jure Civili validum rescindat, tamen adversùs communem Regulam, in quantùm rei persecutionem continet, perpetua sit, haud dubiè à Prætore in odium metum inferentis speciatim constituta, cùm id, quod metu gestum est, nunquã ratum habeat.

ACTIO

ACTIO

De Dolo.

SUMMARIUM.

1. *Definitur actio de dolo.*
2. *Solvitur objectio aliqua.*
3. *Describitur subjectum hujus actionis.*
4. *An sit in rem scripta.*
5. *Non datur adversus personas, queis debetur Reverentia.*
6. *Exponitur objectum hujus actionis.*
7. *Quamdiu duret?*
8. *Utrùm concurrat cum actionibus ex alijs negotijs descendentibus?*
9. *Exponitur textus in* L. 1. Cod. de dol. mal. *&* L. 59. ff. mandat.
10. *Solvitur difficultas ex* L. 19. ff. de dol. mal. *&* L. 95. §. 1. ff. de solut.
11. *Conciliantur textus in* L. 5. §. 3. *&* L. 15. *atque* 55. ff. de praescript. verb. *&c.*
12. *Diluitur alia objectio.*
13. *Dilucidatur textus in* L. 9. §. 4. ff. de dol. mal.
14. *Refutatur oppositio ex* L. 5. §. fin. ff. quib. mod. ususfruct. amitt.
15. *Designantur casus, quibus actiones Praetoriae ex delicto descendentes possint concurrere cum actione de dolo.*

1 DEcima octava Actio est de dolo, quae describitur esse Actio Praetoria, personalis, arbitraria, rei persecutoria, famosa, subsidiaria, competens dolô malô laesis contra laedentes ad damni restitutionem. Causa ejus remota est delictum, dolosa videlicet machinatio ad alium circumscribendum conquisita, proxima est obligatio, *L. 16. ff. de dol. mal.* ac proinde actio haec est personalis; priusquàm verò singula vocabula percurram, Actionis essentialia requisita declaranda veniunt; deposcitur igitur ad hanc actionem 1. dolus malus, seu ex proposito, *l. 1. & tot. tit. ff. de dol. mal.* 2. laesio, ut nimirùm ipse deceptus laesionem in suo patrimonio, seu juribus per dolosam alterius machinationem ad hoc unicè collimantem incurrerit, laesio autem haec non debet esse modica, *l. 9. ff. eod.* sed ad minimum in duobus aureis consistere, *l. 10. ibid.* ne ob rem minimam fama, praecipuum hominis bonum, suggilletur. Brunnem. in *d. l. 9.* & plures *ibid.* relati.

Nec obstat, quòd actio furti quoque ob rem minimam moveri possit, §. *16. Instit. de rer. divis.* quia, quemadmodum actio furti civilis, 2

& ordinaria est, nec per eam agitur ad negotium aliquod ipso jure firmum enervandum, ita dolum, de quo hic est sermo, faciliùs declinare possumus, quàm furtum, per quod ab ignoto, clandestinè, ignoranti & invito res subtrahitur. in terminis Lauterbach. *ff. de dol. mal. thes. 9.*

3 Porrò subjectum hujus actionis sunt personæ, queis & adversùs quas hæc actio conceditur. Datur igitur omnibus per dolum alterius læsis, eorúmque hæredibus, *l. 13. ff. de dol. mal.* contra illos, quorum machinatione actores læsi sunt, adversùs hæredes autem, cùm sit ex delicto, regulariter non conceditur; *l. 26. l. 27. & 28. ff. eod.* si autem ex dolô defuncti aliquid pervenit, dabitur adversùs hæredes actio in factum, verbis ita temperata, quæ est perpetua, sed non famosa, *l. 20. & l. 29. ff. cit. tit.* cujus ratio additur in *cit. l. 29.* quòd potiùs ratione calculi, quàm maleficij hæredes conveniantur; sub qua qualitate quoque conveniri solent, quorum negotia à dolosis administratoribus ita sunt gesta, ut exinde sint facti locupletiores, ut sunt pupilli, & minores ex dolô Tutorum & Curatorum, municipes ex dolo Syndicorum, Domini ex dolo Procuratorum. *l. sed & 15. ff. eod.* Hugo Donell. *comment. Jur. Civil. lib. 15. cap. 40.* Struvius *syntag. Jur. Civil. exercit. 8. thes. 39.* Lauterbach. *ff. de dol. mal. thes. 14.* Casu, quô plures sunt dolum perpetrantes, singuli quidem in solidum tenentur, unius tamen præstatione reliqui liberantur, per text. *in l. 17. ff. sæpè dict. tit.*

Utrùm autem hæc actio adversùs tertium, qui dolum non commisit, porrigatur, adeóque, quemadmodum non pauci propugnant, sit in rem scripta, non una omnium est sententia. 4 In rem scriptam esse contendit Joannes Corasius *Miscell. cap. 22. n. 8.* ad instar actionis quod metus causâ, ex ratione, quia, quemadmodum actio quod metûs causâ in rem scripta verbis Edicti est concepta, ita quoque actio de dolo, in verb. *quæ dolô malô gesta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, & justa causa esse videbitur, judicium dabo. l. 1. §. 1. ff. de dol. mal.* At communissima, eáque verissima est sententia, actionem de dolo non esse in rem scriptam, sed juxta ordinariam actionis simpliciter personalis naturam solummodò contra obligatos competere, ratio redditur ab Ulpiano in *l. 15. §. 3. ff. eod.* cùm in hac actione designari oporteat, cujus dolò factum sit, quamvis in metu non sit necesse. Videatur Treutlerus *disput. ad Pandect. 11.* ibíque Hunnius *quæst. 43.* Nec obstat ratio in contrarium allata, negatur enim absolutè, actionem de dolo in rem esse conceptam, aliàs namq; deberet adversùs quemlibet porrigi, qui rem dolô assecutam possidet, cujus tamen contrarium ex *cit. l. 15. §. 3.* manifestè liquet.

5 Circa subjectum passivum advertendum, aliquas personas esse exceptas, quæ, tametsi dolum commiserint, hac actione famosâ tamen nequaquam possunt conveniri, quales sunt Parentes, qui à liberis, Patroni, qui à libertis, dignitate fulgentes, qui à vilibus, & depressæ conditionis hominibus hac actione pulsari non possunt, sed solùm actione in factum, de qua priùs mentio injecta, verbis temperatâ, omissâ scilicet mentione de dolo. Textus litteralis in *l. 11. §. 1. ff. de dol. mal.*

6 Objectum hujus actionis, seu id, quod hæc actio persequitur, est damnum dolô malô datum resarciendum. *l. 22. & l. 35. ff. de V. S.* nomine autem damni non subauditur damnum facti, seu in corpus datum, illud enim reparatur per actionem L. Aquiliæ, sed potiùs læsio Juris, & quidem casu, quo res jam esset tradita, ut restituatur arbitriô Judicis cum omni causâ, per *text. superiùs cit.* cui arbitrio si reus conventus non obtemperat, interesse æstimabitur per juramentum in litem ab actore præstandum, arg. *l. 18. §. 1. ff. de dol. mal.* si autem actor ipse quoque est in dolo, repelletur ab agendo, *l. 36. ff. eod.* modò dolus circa eandem rem, & in eodem contractu sit commissus. Adam. Lauterbach *ff. dict. tit. thes. 18.*

7 Tempus huic actioni definitum olim erat annale, & quidem utile, hodie ex constitutione Constantini est biennium, & quidem continuum, *l. ult. Cod. de dol. mal.* quod tempus non tantùm incipiendæ, sed etiam cœptæ, & adeò quidem est præstitutum, ut nec per litis contestationem perpetuetur. Hugo Donellus *comment. lib. 15. cap. 49. propè fin.* Brunnem. *in d. l. ult. n. 6.* Joannes Sichard. *eod. n. 3.* Currit igitur & ignoranti & absenti, modò non absit Reipublicæ causâ. *l. 3. Cod. eod.* si igitur hæc actio culpâ actoris intra biennium ad finem non perducitur, de se queratur: si autem dolô rei, nova adversùs ipsum subnascetur actio; post biennium igitur nec in simplnm, id est, abstrahendo ab accidentali interesse, conceditur, utrùm autem saltem non competat, in quantum pervenit, aut quatenùs dolosus ex sua fraudulentia est factus locupletior, dubitant non pauci: olim post annum utilem dabatur saltem in factum actio, ergo id ipsum constituendum erit hodie, ut post biennium continuum intacta sit, cùm eadem ratio & æquitas, ne videlicet ex dolo suo quis lucrum ferat, militet, quem in finem pro rei hujus dilucidatione duo exempla figurat Donell. *cit. loc. in fin.* primum, quô debitor suâ fallacia consecutus est, ut liberaretur à suo creditore, qualis species est in *l. quidam 38. ff. de dol. mal.* in hac perpetuò adstringitur debitor & ejus hæredes, quoniam ad eos liberatio pervenit, qua locupletati sunt; at enimverò in secundo exemplo, quo animal à Domino fuit promissum, & ab alio occisum, adversùs fraudatorem post biennium nulla superest actio,

actio, cùm ad hunc nihil pervenerit. *l. itaque 28. ff. eod.* Ex his igitur deducitur, actionem in factum adversùs reum & ejus hæredes, quatenùs facti sunt ditiores, esse perpetuam, *l. 28. & 29. ff. eod.* quod ipsum, & quidem potiori ratione, asserendum est de exceptione doli, *l. 5. in fin. ff. de dol. mal. except.* juxta illud receptum axioma; quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum vigent perpetuò, si non aliter, quàm per exceptionem in judicijs produci possunt.

8 Post duo *n. 1.* deducta actionis hujus requisita tertium discutiendum venit, quod est causæ cognitio; in hac verò cognitione illud potissimùm versatur, quòd hæc actio non habeat locum, si aliô remediô læsio reparari possit. *l. 1. §. 4. & 6. l. 9. ff. de dol. mal. l. 2. Cod. eod. l. penult. §. 1. ff. de restitut. in integr.* plurimi tamen occurrunt casus, quêis actio de dolo cum alijs concurrere videtur.

9 Et primus quidem in *l. 1. Cod. de dol. mal.* ubi fidejussor à creditore pignora, oblata quantitate sortis cum usuris, sibi comparavit; hic fidejussor à debitore juxta *cit. l.* actione de dolo, juxta *l. 59. §. 1. ff. mandat.* verò actione mandati quoque pulsari potest, ad hoc, ut pignora exsolutô debitô restituat, adeóque actionem doli cum actione mandati concurrere necesse est. Variæ hoc in passu à Doctoribus adstruuntur resolutiones, quemadmodum videre est apud Brunnem. in *cit. l. 1. Cod. eod.* Mihi videtur illa esse præ cœteris rationi Juris congruentior, quam reddit Donellus *Comment. Jur. lib. 15. cap. 40.* Cujacius *observat. lib. 3. observ. 37.* Struvius *in suis Evolut. exercit. 8. thes. 36.* videlicet actionem de dolo, quâ tenetur fidejussor, non esse prætoriam, seu subsidiariam actionem de dolo, sed actionem mandati, & ideò de dolo dictam, quia movetur ob commissum dolum, & fidem sub specie amicitiæ ruptam.

Alter casus emergit ex *l. 19. ff. de dol. mal.* & *l. 95. §. 1. ff. de solut.* quô fidejussor animal à Domino promissum occidens actioni de dolô obnoxius est, juxta *dict. l. 19. ff. de dol. mal.* at potest quoque pulsari actione ex stipulatu, juxta *cit. l. 95. §. 1. ff. de solut.* ergò rursùs videtur subsistere posse concursus actionis de dolo, & actionis ex stipulatu. Sunt, qui ajunt, in *l. 19.* solummodò Juliani & Neratij sententias à Papiniano referri, adeóque standum indistinctè esse constitutioni memoratæ *l. 95. §. 1. ff. de solut.* Communior tamen est responsio, quòd, si fidejussor ante moram à Principali commissam animal occidit, actione de dolo conveniendus sit, cùm nulla alia competat actio, quia principalis per interitum rei, absque suâ culpâ vel morâ contingentem, liberatur, consequenter quoque ejus fidejussor, de quo casu subaudiendus est textus in *l. 19. cit.* si autem post commissam à principali debitore moram animal perimat, actio ex stipu

pu

pulatu locum ſibi vendicabit, juxta *alleg. l. 95. §. 1. ff. de ſolut.* quò etiam collimant textus in *l. 32. §. fin. ff. de uſur. & fruct.* & *l. 88. ff. de V. O.* conferatur Cujacius ad Affrican. *tract. 7. cap. ult. in fin.* Brunnem. *in l. 19. ff. de dol. mal.* Struvius *in Evolut. dict. exercit. 8. theſ. 36.*

11 Tertium caſum producunt textus in *l. 5. §. 3.* & *l. 15. ac 22. ff. de præſcript. verb.* ubi ex articulo, *facio, ut des*, competit actio de dolo, juxta textum in *cit. l. 5. §. 3. & l. 15. in fin.* Secundùm textum in *l. 22.* verò datur actio præſcriptis verbis. Donell. *de præſcript. verb. cap. 8.* & *ſeqq.* quem ſequitur Struvius *ſyntagm. Jur. Civil. exercit. 25. theſ. 31.* Glettle, & à potiori omnes Neoterici reſpondent, actionem præſcriptis verbis tunc dari, quando ille, qui fecit, inſiſtit contractui, illumque implere deſiderat, ſi autem pœnitentia ductus ab eo recedere deſtinat, actio de dolo ideò prodita eſt, quia factum per naturam non eſt repetibile per condictionem causâ datâ &c. quemadmodùm alia res, ergo nulla civilis eo nomine dari poteſt Actio, juxta *cit. l. 5. §. 3. ff. eod.* Bacchov. *ad Treutler. vol. 1. diſput. 10.* aliter diſtinguit: aut ex illo facto alteri, qui ad dandum eſt obligatus, aliqua utilitas accedit, aut minùs? priori caſu ob contractum Synallagma datur actio præſcriptis verbis, poſteriori actio de dolo. At mihi utraque diſplicet reſponſio, diſplicentiæ ratio præcipuè fundatur in meo principio, quoniam, quoties ex aliquo contractu actio in promptu non eſt, recurrendum eſſe ad actionem de dolo ſuadent textus in *l. 1. §. 1. ff. de dol. mal. l. 7. §. 1. ff. de in integr. reſtit.* Sed ex contractu. *facio, ut des*, oritur actio præſcriptis verbis, ſicut ſuperiùs erat probatum, ergò non dabitur regreſſus ad hanc actionem extraordinariam; 2. Actio de dolo infamiam irrogat, prout liquet ex *l. 1. ff. de his, qui not. infam. l. penult. ff. de reſtitut. in integr.* cùm autem in hunc contractum ſæpenumerò veniant res exiguæ, & leviſſimi, vel nullius pretij, iniquum foret, ob rem tam levem quem infamari, eapropter actio de dolo ex hoc contractu concedi non debet. Pariter 3. nefas eſt, ex contractu nominato, in quo dolus arguitur, dari actionem perpetuam, è diverſo in contractu innominato tantummodò biennalem, quæ nec per litis conteſtationem prolongatur, per ſuperiùs dicta, propterea arbitror, & in hac ſpecie actionem præſcriptis verbis dari. Nec obſtat adductus textus in *l. 5. §. 3. ff. cit. loc.* ſat enim probabiliter dicendum eſt, Paulum inibi à cœteris diſſentire; ratio admodum clara deſumitur ex *l. 7. §. 2. ff. de pact.* & *l. 15. §. fin. ff. de præſcript. verb.* quæ loca ſunt Ulpiani, qui in poſteriori textu verbis per Ironiam conceptis Pauli refellit rationem, *niſi*, inquiens, *quis in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat.* Videatur Vinnius *ſelect. quæſt.*

lib.

lib. 1. quæst. 46. Petr. Myllerus *in Struvium syntagm. Jur. Civil. exercit. 25. Thes. 31.* & ex antiquis Salycetus *in d. L. 5. §. 3. ff. de præscript. verb.* Castrens. *ibid.* quibus subscribit Hugo Donellus *in tractat. de præscript. verb. cap. 12.* qui tamen varias subjungit resolutiones.

12 Quartus obvenit casus ex *L. 23. ff. de dol. mal.* ubi Legatarius, qui, ut totum legatum consequatur, persuasit hæredi, idoneam esse hæreditatem ad omnia dispositionis Capitula exsolvenda, tenetur actione de dolo, obstringitur verò simul condictione indebiti, *L. 6. & 7. Cod. de condict. indeb.* ergo necessaria fluit consequentia, actionem de dolo concurrere posse cum condictione indebiti. Sed facilis est responsio, vel enim solvit integra legata errore facti absque alterius dolosâ persuasione, & competit hæredi condictio indebiti, vel ad alterius fraudulentam persuasionem, & habet actionem de dolo, ob idque actio hæc de dolo in eodem casu specifico minimè concurrit cum condictione indebiti.

13 Quintus apparet casus in *l. 9. §. 4. ff. de dol. mal.* ex qua ille, qui servum oppignoratum noxæ dedit, tenetur actione de dolo, simul ac conveniri potest actione rei Judicatæ. Respondeo, fundamentaliter interesse, utrùm Dominus servum ante condemnationem dediderit noxæ, & utique dabitur in eum actio de dolo, ratio est, quia adhuc non erat nata rei judicatæ actio: secùs si post condemnationem, ibi enim cessat actio de dolo, adeóque nec in hoc casu ullus evincitur concursus actionis de dolo cum alia. Sextus casus eruitur ex *L. 20. §. 1. & L. 25. ff. de dol. mal.* ubi ille, qui Creditori dolosè persuasit, se non fuisse illius, cui succeditCreditor, socium, adeóque vi hujus persuasionis absolutus est, actione de dolo pulsatur, simul ac pristina actione obstringitur, per *L. 25. cit.* ergò rursùs videtur actio de dolo conjungi posse cum alia actioneCivili. RespondetStruvius *in suis Evolut. exercit. 8. thes. 36.* duos esse diversos casus, in priori dari actionem de dolo, secùs in posteriori. Mihi videtur in utroque casu competere pristina actio, & neutro actio de dolo, ac in *L. 20. §. 1. dict. loc.* solummodò referri Juliani sententia, actionem de dolo in illa facti serie admittentis. Moveor partim ea præcipua & fundamentali ratione, quòd utriusque loci Paulus existat Auctor, atque in utraque specie fallaciæ & absolutionis idem sit genus, partim autem responso ejusdem in *lib. 11. ad Edictum*, ergò non erit dicendum, in re, cujus recens est memoria, tam obliviosè eû dissensisse, quemadmodum discurrit Donellus *comment. lib. 15. cap. 40.*

Septimus exsurgit casus in *L. 5. §. fin. & seqq. ff. quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* in qua ille, qui in area, cujus ususfructus est legatus, 14

P ædi-

ædificat, actione ex testamento vel de dolo tenetur, unde concursus actionis de dolo cum reliquis denuò in uno vel altero casu contingere videtur. Respondeo, particulam *vel* in *cit. L.* non esse accipiendam electivè, sed adversativè, ita ut sensus sit, tunc dari actionem de dolo, quando hæres post factam traditionem aliquid, quod officit, in area ædificat, si verò ante traditionem, actio ex testamento arripienda erit.

Octavum & ultimum casum præbet textus in *L. 9.* & *L. 36. §. 1. in fin. ff. de pignor. act.* ex quibus, & quidem ex primo liquet, eum, qui rem alienam oppignoravit, actione teneri pignoratitia contraria, ex secundo autem actione de dolo, ergo actio de dolo electivè poterit cumulari cum actione Civili. Respondeo, si ipse debitor rem alienam pignori dedit, tenetur actione pignoratitia, juxta *dict. L. 9.* si autem tertius pro alio, actione de dolo conveniendus est, secundùm *L. 36. §. 1. cit.* Videatur Salycetus in *d. l.* & alij passim.

15 Ex his omnibus igitur liquet, cessare regulariter actionem de dolo, si aliud rei servandæ remedium à Jure est proditum, quod tamen à fortiori intelligendum est de remedio civili ex contractu ortum habente; si autem foret actio Prætoria ex delicto consurgens, atque ad dolum vindicandum præstituta, sæpè cum actione de dolo concurrere potest, sicut patet ex *L. 14. §. 3. ff. quod met. caus.* præsertim eo casu, quo quis de dolo agens nullam facit mentionem metûs, Judex non potest ei denegare actionem de dolo, cùm non constet de metu, ex ulteriori annexa ratione, cùm metui insit dolus, ergo & actio quod metûs causâ est à jure comparata ad vindicandum dolum. Videantur relati à Brunnem. in *cit. L. 14. §. 3.* quam ob rem actio de dolo concurrit cum persecutione personali, siquidem hæc ad pœnam fisco seu corpori applicandam collimat, non autem ad privatam indemnitatem consequendam. Æquitas igitur suadet, ut quoque Actori remedium aliquod prodatur, quò suæ studere possit utilitati, quemadmodum exemplum exhibet Ulpian. in *L. 9. §. 2. ff. de dol. mal.* quô is, qui tabulas testamentarias suppressit, & actione de dolo, & persecutione criminali de falsis pulsandus est; Regulæ autem à me superiùs traditæ addendum est, actionem de dolo non solùm dari, si nulla alia præsto sit, sed etiam si dubium, utrùm aliud remedium existat. Conferantur exempla apud Labeonem in *l. 7. §. 3. ff. de dol. mal.*

ACTIO

Seu officium Judicis, quô ex capite ætatis petitur restitutio in integrum.

SUMMARIUM.

1. Quotuplici modo accipiatur restitutio.
2. Definitur restitutio.
3. Quomodo distet ab appellatione.
4. Quomodo differat à supplicatione.
5. Quomodo à reductione ad arbitrium boni Viri.
6. Qualiter à Revisione,
7. Et à Syndicatu.
8. Quæ ad restitutionem requirantur.
9. Quibus competat.
10. An concedatur Minori ICto.
11. An concedatur hæredibus.
12. An fidejussoribus.
13. An prodigis, furiosis, mente captis.
14. An fictis personis,
15. An locis Laicorum devotione instauratis.
16. An Rebuspublicis.
17. Adversus quos detur.
18. An adversus pariter privilegiatos.
19. An Exceptio SCti Macedoniani sit potior restitutione.
20. Quales restitutio sortiatur effectus.
21. Quibus modis cesset,
22. Qualiter per præscriptionem.
23. Quomodo computetur quadriennium.

1 DEcimò nonò sequitur officium Judicis, quô ex capite ætatis restitutio in integrum petitur. Restitutio verò quà ad res, quà ad personas refertur; priori modo dicitur, quando res suo Domino restituitur, *§. 17. Instit. de rer. divi.* posteriori, sive cùm de personarum restitutione quæstio movetur, pariter duplici modo fieri assolet, aut qualificativè, quemadmodum quando quis ad dignitates & officia restituitur, aut simpliciter, quando ad patrimonium, seu res & causas restituitur, in quo sensu dici potest restitutio in pristinam causam vel jus. *L. 75. ff. de V. S.* consulatur Joannes Mauritius *in tract. de restit. cap. 1.* Sfortias Oddo *simili tract. part. 1.* Manz. *cod. tit. 1. quæst. 1.* Dividitur ulterius in restitutionem Justitiæ & gratiæ, inque Civilem & prætoriam, de qua postrema specie ex Prætoris Edicto orta mihi erit sermo.

Varias hujus restitutionis Doctores 2

ctores adstruunt definitiones, ego arbitror exactiùs definiri, si asseratur esse *auxilium Prætoris, quo Magistratus imploratus absque culpâ suâ læsos in pristinum statum reponit.* Distat à reliquis impugnandæ sententiæ, vel contractuum infringendorum remedijs variè, pro varia eorum qualitate:

3 Et primò quidem ab appellatione, cùm hæc coram superiori, illa coram eodem Judice peti debeat, *L. 17. ff. de minor. &c.* Oddo. *dict. part. 1. quæst. 32. art. 16.* 2.dò in appellatione petitur reformatio prætextu iniquitatis à Judice commissæ, in restitutione verò prætextu erroris ipsius petentis. *dict. L. 17. ff. de minor. ibique* Bartolus & Brunnemannus. Donellus *comment. lib. 21. cap. 11.*

4 A supplicatione separatur, quòd hæc duntaxat locum sibi vendicet, ubi ob eminentiam personæ judicantis appellatio denegatur. *L. 1. ff. de offic. præfect. Prætor. Novell. 119. cap. 5.* 2. supplicatio inspecto Jure Civili intra biennium est opponenda, *Authent. supplicat. Cod. de prec. Imperat. offer.* hæc verò restitutio pro varia ejusdem specie varia habet tempora.

5 A reductione ad arbitrium boni viri dissidet à potiori, ut appellatio, petitur enim etiam reductio sub prætextu iniquitatis, & sicùt Judex suam non potest emendare sententiam, ita nec arbiter suum arbitrium, benè verò Judex, qui ob errorem petentis læsionem intulit, eam potest reparare; 2.dò reductio ad 30. usque annos porrigitur, restitutio autem communiter circumscribitur quadriennio.

A Revisione secernitur, quòd hæc, etsi sit remedium subsidiale, non tamen sit extraordinarium, cùm à publicis Imperij legibus adeò gravatis sit præstituta, ut omnibus regulari modo competat; alia ratio est restitutionis, quæ dependet ab arbitrio Prætoris, circumstantias ponderantis, utrùm sit concedenda, quinimò non jure ordinario, sed solùm ex singulari æquitate est inducta, arg. *L. 3. ff. de restit. in integr.* 6

Postremò differt à Syndicatu, quòd in hoc non sola arguatur culpa, sed & dolus, saltem juxta ordinationem Cameræ Imperialis *part. 3. tit. 53. §.* ob sich schon. de quibus omnibus videatur mea *Semicent. illustr. quæstionum quæst. 23. à n. 7.* 7

Est hoc remedium igitur extraordinarium, causa ejus remota est singularis æquitas, proxima est obligatio, non Civilis strictè accepta, sed honoraria. Ad hoc autem, ut hoc remedium implorari possit, deposcitur 1. ut aliquid sit *gestum*, *l. 1. §. 1 l. 7. ff. de minor.* quô vocabulô sola subaudiuntur negotia, seu actus inter vivos, qui ad patrimonium augendum, conservandum, seu etiam minuendum conficiuntur. *l. 7. ff. de minor. l. 2. Cod. si advers. vendit.* Caspar. Manz. *de restit. tit. 2. quæst. 2. n.* 8

2. n. 6. Struvius *exercit. 8. thes. 46.* 2. ut talia negotia sint absoluta cum ijs, qui in minorennitate sunt constituti, quorum judicium adhuc infirmum, varijsque captionibus subjectum; 3. ut læsio minoribus per hos actus sit irrogata, ita ut vel jus acquisitum amiserint, vel acquirendum, aut aliud lucrum neglexerint, seu denique oneri se subjecerint. *l. 7. l. 44. ff. de minor.* 4. & postremò, ut hæc læsio ex inconsulta minorum imbecillitate, aut adversarij dolô obtigerit.

9 Competit ergo hoc auxilium omnibus, qui sunt infra 25. annos, absque discrimine sexûs, non modò puberibus, sed & impuberibus, & infantibus; *l. 45. & l. penult. ff. de minor. l. 4. & 5. Cod. si adversus rem judicat.* & quidem, quando læsi sunt in rei immobilis alienatione, etiam si veniam ætatis obtinuerint, ratio est, quia impetratio veniæ ætatis circa res immobiles nihil immutat. *l. 2. Cod. de his, qui obtin. ven. ætat.* Datur quoque servo, quando actum, vel gestum quidquam est in præjudicium libertatis sibi relictæ, prout est casus in *l. 5. ff. de minor.* 2. indulgetur & filiofamilias in peculio castrensi, vel quasi, *l. 3. §. 10. ff. de minor.* non minùs, quàm in peculio adventitio irregulari, in quo ei plena tribuitur administratio, *Novell. 117. cap. 1. §. 1.* in profectitio eo solummodò casu, quo ipse convenitur. *l. 3. §. 5. & ll. seqq. ff. de minor.* Vide Me *dict. semicent. quæst. 30.*

De filiofamilias Doctore, qui adhuc minorennis existit, famigerata est quæstio, utrùm ei deneganda sit restitutio? Dubitandi ratio est partim, quòd ille, qui omnium rerum profitetur notitiam, nulla fronte rei à se gestæ allegare possit ignorantiam; partim, quòd nemo debeat affectare id, cujus imperitia est periculosa; *l. 1. § 8. ff. ad l. Aquil.* postremò turpe esse videtur causas in foro oranti, jus, in quo versatur, ignorare; *l. 2. §. 34. ff. de orig. jur.* Plura, quæ pro stabilienda hac sententia afferuntur fundamenta, deducit Oddo *part. 1. cit. tractat. quæst. 23. art. 7.* Altera tamen sententia, filiofamilias ICto restitutionem tribuens, solidior est, tuentúrque eam Besoldus *in suis delibat. ex libr. 4. ff. quæst. 16.* Vinnius *select. quæst. lib. 1. cap. 13.* Lauterbach *in conclus. forens. exercit. 12. thes. 9.* ex generali ratione, quòd restitutio omnibus minoribus, per suam imbecillitatem, aut adversarij dolum læsis, sit concessa, quæ ratio in minore ICto non cessat, aliud quippe est rerum agendarum experientia, aliud juris notitia, prior enim non ex libris, sed longo usu, rerúmque agendarum executione comparatur, quemadmodum post Vinnium *cit. quæst. 13.* discurrit Besold. *alleg. quæst. 16.* nec etiam Doctoribus cognitio minutiarum, quæ pro conservanda re familiari in contractibus contingunt, potest imputari, cùm Doctores rarò providi Oeconomi existant, prout quotidia- 10

na docet experientia. vide plura, quæ ſcripſi in *ſemicent. illuſtr. quæſt. quæſt. 30. n. 8.* Eo tamen caſu notabilis occurrit limitatio, quô minor ICtus errore juris lapſus eſt, tunc enim rationes ſuperius adductæ in contrarium pugnant; namque, qui alicujus artis profitetur notitiam, circáque ejus principia fallitur, ſibi ipſi læſionis cauſa exiſtit. Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 8. theſ. 55.* Lauterbach. *ff. de minor. theſ. 17.* Vinni⁹ *cit. quæſt. 13.* jungatur ſingularis doctrina Brunnemanni *in l. 1. Cod. qui & adverſ. quos: &c.* Joann. Mauricius *in tract. de reſtitut. cap. 223.* qui indiſtinctè à beneficio reſtitutionis omnes excludit, qui ex imperitiâ negotiationis, quam profitentur, ſe læſos dicunt.

11 Dubium eſt primò, an imploratio officij Judicis pro impetranda reſtitutione in integrum hæredibus quoque minorum ſit indulta? Dubitandi ratio eſt partim, quòd ſit remedium perſonale, *l. exceptiones §. fin. ff. de except.* partim, quòd ſit privilegium ætatis, quod ad hæredes non tranſit. *l. ætatem. §. ult. ff. de cenſib.* Sed affirmativam decidendi rationes ſunt longè potiores, nec enim ipſum privilegium, ſed jus ex privilegio quæſitum ad hæredes transmittitur, ad inſtar actionum tutelæ, & pro ſocio, quæ haud dubiè Jura ſunt perſonalia, mortéque ſocij vel tutoris perimuntur, actiones tamen inde enatæ ad hæredes transmittuntur. conferantur textus *in l. 6. ff. de reſtit. in integr. l. 18. §. ult. l. 19. ff. de minor. l. 1. Cod. ſi adverſ. dol. l. ea. 5. Cod. de temp. reſtit.* qualia autem tempora ſint obſervanda, determinat *cit. l. 5. Cod. de temp. reſtit.* Specialis verò deductio caſuum obtingentium cerni poteſt in mea *Semicent. ſelect. quæſt. quæſt. 31. à n. 1.*

Alterum dubium eſt, utrùm hoc remedium ad fidejuſſores quoque porrigatur? quæ dubitatio, abſtrahendo à varia textuum ſe ad invicem collidentium apparentia, reſoluta eſt in *l. 13. ff. de minor.* verſ. *non eſt æquum. l. 1. & 2. Cod. de fidejuſſ. minor.* remedium hoc neutiquam prodeſſe fidejuſſoribus, ut docent Brunnemanus in *dict. l. 13.* Salycet. in *l. 2. cit. Cod. de fidejuſſ. min.* Hugo Donell. *comment. lib. 21. cap. ult.* ratio eſt, quoniam & minor reſtituitur adversùs fidejuſſorem eo caſu, quo actionem mandati adversùs eum movere intentat. Dices: liberato principali, quoque liberatur fidejuſſor: *l. 43. ff. de fidejuſſ.* ergo peremptâ obligatione principali, perit & fidejuſſionis. Rß. hanc regulam equidem veram eſſe, ſi principalis jure ordinariô, ſecùs, ſi obligationi eximitur ſingulari privilegio, ætatis v. g. infirmitati indulto, Salycet. *dict. loc.* Donellus *itidem alleg. loc. ibique* Hilliger. Joan. Mauricius *de reſtit. cap. 14.* Oddo *eod. tract. part. 1. art. 5.* quêis adſtipulatur Brunnemann. *in memorat. l. 13. ff. de minor.* Sunt tamen caſus, quêis hoc auxilium & fidejuſ- 12

jussoribus opitulatur: primò, si adversarij dolô est læsus, doli quippe exceptio est realis, ergo, quemadmodùm cœteræ, ita & hæc fidejussori proderit. *l. 2. Cod. de fidejuss.* alter casus est, quô creditor citra hoc remedium potest servari indemnis, quales continentur in *l. 51. ff. de procurat.* & *l. 89. ff. de acquir. vel omitt. hæred.* 3 si eum, pro quo intercessit, ignoravit esse minorem, 4. si est Successor minoris; quos casus præter alios specificè deduxi in *cit. semicent. quæst. 31.*

13 Tertium dubium est, an etiam concedatur prodigis, furiosis, & alijs id genus hominibus, quorum patrimonium alienæ substat administrationi; ambiguæ quæstionis ratio est, quòd privilegia à jure communi exorbitantia ne quidem ex identitate rationis ad consequentiam perduci debeant, *l. quod verò ff. de ll. l. quod contra ff. de R. J.* inter quæ privilegia haud dubiè restitutio in integrum refertur; quin etsi consimilibus personis aliqua foret concedenda restitutio, ea ex generali potiùs clausula, quàm hoc de minoribus Edictô danda videatur. Oddo *de restit. part. 1. quæst. 3. art. 1.* Mihi quoque videtur, paulò aliter de his personis esse discurrendum, dicendúmque, quòd non quidem auxilium ex Edicto de minoribus, sed ob concordantem rationem aliud simile privilegium ijs præstituatur, ut docet Gloss. in *l. 2. Cod. de Curat. furios.* Salycet. *eod.* Gomez. *var. resolut. lib. 2. cap. 14. n. 30.* ex ulteriori ratione, tum quòd potiora privilegia pupillis competentia ad furiosos quoque porrigantur, tum etiam, & quidem præcipuè, quòd sicut pupillorum, ita & furiosorum nulla censeatur esse voluntas. *l. furiosi 40. ff. de R. J.* alias rationes deduxi in *mea semicentur. quæst. 32. n. 7.*

Non modò autem veris, sed & fictis personis hoc auxilium est tributum, quas inter primum obtinet locum Ecclesia, quæ jura & privilegia minorum sortitur, *cap. 1. & 3. X. de restit. in integr.* Abbas *in dict. cap. 1.* Covarruv. *variar. resolut. lib. 1. cap. 4.* Gonzalez *ad cit. cap. 1. & 3.* nullo inter Ecclesiam Cathedralem, & aliam inferiorem observato discrimine. Sfortias Oddo *de restit. part. 1. quæst. 3. art. 4.* Dominicus Galesius *in cap. 1. X. de restit. in integr.* Id autem, quod de Ecclesijs asseritur, dicendum quoque est de cœteris pijs locis, videlicet Hospitalibus, Confraternitatibus, auctoritate Episcoporum fundatis & erectis. Salycet. & Brunnem. in *l. 33. §. 7. Cod. de Episc. & Cleric.* 14

De illis pijs corporibus, Hospitalibus, & Xenodochijs, qua pia Laicorum devotione sunt instaurata, dubitant Doctores, pro ratione dubitandi assumentes, quòd propriè pia dici non possint; illud enim solùm propriè ad pia referendum, quod adeò Deo est dedicatum, ut ad profanos usus denuò revocari non possit, ut notat Tiraquell. *in tractat. de privileg. piar. caus. in proœm.* talia autem corpora solâ Laicorum auctorita- 15

te

te instaurata ad usus profanos pro lubitu fundantis & instaurantis reduci possunt, argt. *Cap. ad hæc 3. Extr. de Religios. domib.* At quamvis hæc ratio non modicam difficultatem substernere videatur, eâ tamen non attentâ contraria est recipienda opinio, & restitutio his quoque locis tribuenda, persuadente ratione, quòd suô modô etiam pia dici possint, eorúmque patrimonium alienæ administrationi subjiciatur, adeóque ratio dandæ restitutionis in his æquè, ac in illis militet.

16 Secundò in personas fictas referuntur Respublicæ. *L. 4. Cod. quib. ex caus. maior. L. 3. Cod. de jur. Reipubl.* Gloss. Salycet. *in dict. L. 4.* non solùm autem hoc auxilium Reipublicæ Romanæ, sed & reliquis tribuitur, quin & Civitatibus, Universitatibus, Castris, villis, & alijs corporibus, ut propugnat Oddo *part. 1. quæst. 3. art. 9.* Losæus *de jure Univers. part. 3. cap. 18.* Gonzalez *in Cap. 1. Extra de restit. n. 11.* aliíque relati à Berlich. *part. 2. decis. 216.* ratio hujus assertionis depromitur ex *L. 1. Cod. de offic. ejus, qui vic. alter.* &c. plura ambientem remitto ad *semicentur. meam cit. quæst. 33. n. 4.*

17 Attactô succinctè hujus remedij prætorij subjectô activô, ratio ordinis me ad passivum divertit. Concessum itaque est hoc remedium contra omnes, qui cum minore, vel alijs personis tam veris, quàm fictis contraxerunt, eósque læserunt. *L. 13. §. 1. ff. de minor. L. 6. L. 7. Cod. eod.* adversùs tertium regulariter non conceditur, argt. *L. 39. ff. de restitut. in integr.* in tribus tamen casibus exceptio subintrat, quorum primus est, si tertius sit in mala fide, eò quòd sciat, rem à minore læso esse comparatam; *L. 13. §. 1. ff. de minorib.* secundus, si contrahens cum minore non est solvendo, & tertius, si interest minoris, rem potiùs, quàm pretium habere. *L. 9. ff. eod.* Brunneman. in *dict. L. 13.* Contra personas item, queis singularis debetur reverentia, hodie non ampliùs conceditur, *L. ult. Cod. qui, & advers. quos.* &c. quemadmodum latè deduxi in mea *semicent. dict. quæst. 33.*

Quæritur etiam, an hæc restitu- 18
tio competat adversùs pariter privilegiatos, & in specie contra æque minores? Respondeo, si minor, contra quem petitur restitutio, certat de lucrô captandô, petens verò de damnô vitandô, æquè contra minorem, ac majorem indulgetur, si autem non est factus locupletior ex tali contractu, melior est conditio consumentis. *L. 34. ff. de minor.* & *L. 11. §. fin. ff. eod.* Nec adversatur regula, quòd privilegiarius non utatur suô privilegiô contra æquè privilegiatum; hoc enim auxilium non datur absolutè minoribus, sed solùm læsis, non verò lædentibus, hinc soli læsi, non autem lædentes sunt privilegiati. vide meâ *semicent. quæst. 35. n. 1. & 2.*

Du-

19 Dubium hoc in passu occurrit, utrùm privilegium hoc protendatur adversùs filiumfamilias, privilegiô SCti Macedoniani præmunitum? quo in casu distinquendum esse arbitror; aut enim filiusfamilias pariter est minor, nec factus est per hoc mutuum locupletior, tunc melior est conditio consumentis, *L. 34. ff. de minor.* secùs, si est factus locupletior. Addatur variè distinquens Oddo *allegat. tractat. part. 1. quæst. 18. art. 6.* aut filiusfamilias est major, & tunc potius est privilegium ætatis. *L. 11. §. ult. ff. de minor.* rationem subjiciunt, quòd privilegium SCti sit odiosum, ætatis verò favorabile. Paulò aliter est statuendum de privilegio SCti Vellejani, *L. 12. ff. de minor.* in qua Cajus ita distinquit: aut principalis debitor est solvendo, vel alio modo minori potest in auxilium occurri, & tunc contra fæminam denegatur restitutio, secùs si non est solvendo. Brunnem. *in dict. L. 12.* Oddo *dict. part. 1. quæst. 18. art. 8.* Lautterbach. *ff. de minor. thes. 26.*

20 Porrò effectus restitutionis in integrum est, quòd utrique parti, tam minori læso, quàm adversario suum tribuat, & utrumque in pristinum reponat statum. *L. quod si minor 24. § 4. L. 47. §. 1. ff. de minorib.* ratio fundamentalis hujus asserti est, quòd Prætoris hoc auxilium præstituentis finis fuerit, ne cui damnum vel lucrum inferatur, sed utrinque æqualitas observetur. *L. 1. ff. quib. ex caus. maj.* cui adstipulatur Antoninus Imperator in *L. unic. Cod. de restit.* hinc omnis restitutio debet esse reciproca. Videatur Giballinus *de univers. rer. human. negot. lib. 3. cap. 4. §. 6.* Struvius *syntagm. jur. Civil. exercit. 8. thes. 65.* Tuldenus *in Cod. de restitut.* Exempla, quêis hic effectus illustratur, cerni poterunt in *cit. meo tractat. quæst. ult.*

His succinctè expositis addendi sunt modi, quibus hæc restitutionis species excluditur. Denegatur ergò 1.mò, si minor ad alterum decipiendum se majorem mentitus est, *L. 1. Cod. si advers. delict. L. 2. Cod. si min. se maj. dix.* jura quippe non decipientibus, sed deceptis auxilium præstant. *l. auxilium ff. de minor.* secùs foret, si ex aliquo errore lapsus se majorem asseruit, *l. fin. Cod. si min. se maj. dix.* Duaren. & Brunnem. in *L. 3. ibid.* 2.dò ex facto minoris submovetur restitutio, si præstitô juramentô restitutioni renuntiavit. Gloss. & Bartol. in *l. si judex ff. de minor.* Lautterbach. *ff. eod. thes. 35.* 3.tiò si minòr contractum juramentô confirmavit, & se non impugnaturum juravit. *Authent. Sacramenta puberum Cod. si advers. vendit.* 4.tò cessat, quando minor obtinuit veniam ætatis, tum quia post impetratam veniam ætatis nihil cum minore, sed cum majore actum esse censetur, *l. auctor 10. Cod. de appellat.* tum ne

quis principali auctoritate circumveniatur; *L. 1. Cod. de his, qui obtin. ven. ætat.* præterquàm quòd Princeps perrarò quoque contra propriam sententiam agere soleat. *L. 18. §. 1. ff. de min.*

22 Postremò excluditur per præscriptionem: olim autem peti debuit restitutio intra anni utilis decursum, ita ut minoribus inciperet currere à tempore, quô illuxit annus 26. majoribus verò à tempore sublati impedimenti, quem Justinianus in *L. ult. Cod. de temp. restitut.* in quadriennium mutavit, in duabus tamen duntaxat restitutionis speciebus, ea nempè, quæ conceditur ob ætatem minorennem, & quæ indulgetur ob læsionem ex capite justæ absentiæ. quemadmodum verò minoribus incipit currere ab initio anni 26. ita Ecclesijs, cœterisque pijs locis, & quæ his æquiparantur, Rebuspublicis, Universitatibus, & Corporibus, quorum patrimonium alienæ administrationi est commissum, quadriennium fluere incipit à tempore acceptæ læsionis, nimirùm à die celebrati contractûs, alteriúsve negotij gesti, aut completæ præscriptionis, *cap. 1. & 2. de restit. in integr. in 6. Clementin. unic. eod.* Canisius *in cap. 8. X. de restit. in integr.* aliæ tamen intercedunt limitationes, quas innuit Gregorius IX. *in cit. cap. 1. de restit. in 6.* Ei verò, qui veniam ætatis obtinuit, currit à die, quô rescriptum interpretationis Judici fuit insinuatum, *L. ea Cod. de temp. restit.* perduràtque usque ad annum 25. hinc si puella 18. masculus 20. anno veniam ætatis sortitus est, restitutionis tempus per 3. 4. vel omninò 7. annos protenditur, ne videlicet minorennitati præjudicetur. Bartol. *in d. l. ea 5. Cod. eod. ibique itidem* Salycet. & Brunneman. Molina *de Just. & Jur. tract. 2. disput. 573. à n. 4.* Haud absimili modô discurrendum est de eo, qui per statutum majorennitatem sortitus est, quemadmodum jure Mediolanensi anno 18. nostrô verò Bavaricô annô 21. decursum enim suum hoc quadriennium sumit à die, quo quis inter majores reputatur, protenditúrque per quatuor vel septem annos, nimirum ad 25. usque annum, Lautterbach *ff. de minor. thes. 37.* Struvius *Syntagm. iur. Civil. exercit. 8. thes. 64.* Berlich. *part. 1. decis. 6.* & quidem ex fundamentali ratione, quòd tale statutum vel consuetudo introducta sit in favorem minoris, hinc & in ejus odium non sit retorquendum. Consulatur Magnif. de Bassis *semicent. 1. controvers. 24.*

Præcedentibus dubium succedit, 23
utrùm hoc quadriennium non solùm ad petendam, sed & finiendam restitutionem sit deputatum? ℟. intra quadriennium etiam finiri debere hanc restitutionem, per *l. 6. & ult. Cod. de temp. restit.* in quo priori loco Imperator Constantinus denegat actori dilationem

nem pro impetranda restitutione. 2.dò quadriennium hoc suffectum est in locum anni utilis, atqui olim intra annum utilem inchoari debebat & finiri causa restitutionis. Oddo *cit. suo tract. part. 1. quæst. 19. art. 12.* Mauritius *eod. tract. cap. 45.*

ACTIO

Ex Tit. de capite minutis.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit capitis diminutio, & quis ejus effectus?*
2. *Quomodo hæc restitutio fiebat?*
3. *Ad quas obligationes hæc restitutio pertineat?*
4. *Non pertinet ad eos, qui maximam vel mediam passi sunt capitis diminutionem.*
5. *Quid si deportati restituantur?*
6. *Quamdiu duret hæc actio?*

1 Vigesima Actio est, quæ subnascitur ex *titulo de capite minutis:* capitis verò diminutio est prioris statûs mutatio, *text. in princ. inst. de cap. diminut.* éstque triplex, maxima, quâ amittitur integer status, libertas, Civitas & familia, media, qua Civitas & familia, minima, quâ sola familia mutatur. Porrò effectus capitis diminutionis est amissio, seu peremptio Jurium sibi competentium, Manz. *de restitut. cap. 6. n. 16.* Eckolt. *ff. de capit. minut.* qui effectus præcipuè locum sortitur in maxima & media, non verò semper in minima, publica quippe jura per minimam capitis diminutionem, quæ fit salvâ Civitate, non perimuntur, unde, si quis ante emancipationem fuerit Magistratus, vel in alio officio publico constitutus, per emancipationem non privatur officiô, quemadmodum nec per arrogationem, *L. 5. §. 1. ff. cit. tit. l. 6. ff. eod.* minima enim capitis diminutio privata familiæ Jura, non publica adimit, hinc quoque permanet tutela dativa & testamentaria, quæ vel publica potestate, vel saltem permittente lege dabantur; illæ verò, quæ à lege ipsa assignabantur, non minùs ac ipsæ hæreditates legitimæ, quæ agnatis deferebantur, amittuntur, per emancipationem enim è numero agnatorum eliminabantur, hinc & obligationes & actiones tam ex parte Creditoris, quàm debitoris perimebantur. *.3. §. 1. ff. eod.* Eckolt. *ibid.*

ibid. Manz. *de restitut. cap. 6. à n. 21.* Struvius *syntagm. Jur. Civil. exercit. 8. thes. 66.*

2 Cùm igitur illi, qui cum his contraxerunt, agendi potestate destituerentur, Prætor eis actionem adversùs debitores, qui capite minuti sunt, restituit, ut liquet ex ejus Edicto in *l. 2. §. 1. ff. de cap. minut.* est autem hæc actio prætoria, personalis, rei persecutoria, cujus causa remota est singularis æquitas à Prætore considerata, proxima est obligatio restituta; datur omnibus, qui cum eo, qui postea capite est minutus, contraxerunt, & eorum hæredibus, adversùs capite minutos, & eorum hæredes; *l. 2. §. ult. ff. eod.*

3 Pertinet igitur hoc Edictum ad eas solùm obligationes, quæ capitis diminutionem antecesserunt, non eas, quæ post capitis diminutionem enatæ sunt. 2.dò illæ obligationes, quæ ortum habent ex delicto, ad hoc Edictum non reducuntur, nullus enim per capitis diminutionem delicto eximitur, *L. 2. §. 3. ff. de cap. minut.* sed potiùs tales actiones omnes cum capite ambulant, ut ait Paulus in *l. 7. §. 1. ff. eod.* unde earum restitutio supervacanea est.

4 Itidem hæc actio non datur adversùs aquâ & igne interdictos, deportatos, vel omninò in servitutem redactos. *l. 2. ff. de cap. minut.* ratio est, quoniam Judiciorum actionúmque commercium inter solos Cives constat, datur tamen utilis contra eos, ad quos bona horum devenêre, ut adversùs Dominum vel fiscum, *l. 2. l. 7. §. 2. ff. de cap. minut.* adeò, ut si Dominus servum non defendat, Creditor in bona, quæ habuit, immitti debeat. *l. 7. §. 2. ff. eod.*

Si autem deportatus denuò restituatur, nihilo magìs obligationes ante deportationem natæ restituuntur, *l. 2. & 3. ff. de sent. pass. l. 4. Cod. eod.* nisi quoque bona sua occupandi facultas sit data, tunc enim directîs actionibûs, ante deportationem natis, conveniri potest; *l. 3. cit.* quin si ad partem bonorum duntaxat fuerit admissus, pro rata obstringitur. *l. 3. Cod. eod.* si verò modicum quid ex misericordia sit concessum, tunc ad instar illius, qui bonîs cessît exiguô quôdam reservatô, Creditoribus non tenetur. *l. 6. ff. de cess. bon. l. 3. Cod. de sentent. pass.* 5

Non datur igitur hæc actio ad rescindendam capitis diminutionem, sed potiùs conservandam, quare non, ut cœteræ actiones restitutæ, est temporalis, restituuntur enim actiones adversùs arrogatum vel emancipatum, acsi arrogatio vel emancipatio nunquam intervenisset; non datur tamen in solidum, sed in quantum filius emancipatus vel arrogatus facere potest. *L. 2. ff. quod quis cum eo, qui in alien. potest.* &c. duratque, quemadmodum jam dictum est, perpetuò. *l. 2. §. fin. ff. de cap. minut.* 6

ACTIO
Rescissoria.
SUMMARIUM.

1. *Describitur actio Rescissoria, & ejus origo.*
2. *Declaratur natura, & causa hujus Actionis.*
3. *Quotuplex sit absentia?*
4. *Quibus hæc Actio concedatur?*
5. *An remedium* L. 2. Cod. de Annali except. *tollat actionem Rescissoriam in præsenti adversùs absentem?*
9. *An sola ignorantia sit causa restitutionis?*
7. *Quamdiu duret hæc actio?*

1 Vigesimum primum locum Actio rescissoria occupat; circa quam imprimis advertendum, præter alias ficti dominij species & eam esse, quâ intendit actor, possessorem rem non usucepisse, quam à parte rei usucepit, id est, quæ à jure Civili amissa, à jure Prætorio tamen pro non amissâ habetur, atque ideò Publicianæ quasi contraria est, ad quam repetendam Prætorium hoc remedium, seu Actionem rescissoriam habet, quæ fundatur partim *in §. rursus Instit. de Action.* partim etiam *in Digest. quibus ex caus. major.* vocatur Rescissoria, seu etiam restitutoria, quoniam per eam rescinditur usucapio, & jus amissum recuperatur; *l. 35. in fin. ff. de Oblig. & Action.* & hic notanter advertendum, hanc Actionem non esse propriam actionem, sed alterius Actionis qualitatem adjectitiam, ea enim ex diversis causis competit, & modò Realis est, modò Personalis, prout nimirùm Actio prior erat, Bachov. *in Tract. de Action. disput. 3. thes. 30.* si enim dominium, vel aliud jus reale amissum est, Realis erit, si autem alia actio Personalis extincta, erit Personalis. Unde definiri potest, *quòd sit actio prætoria adjectitia, quâ is, qui rem, vel actionem suam, per absentiam usucapione amisit, se illius rei dominum declarari, vel actionem ad hoc efficaciter durare, ac si nunquam usucapta esset, & possessorem ad ejus restitutionem, vel satisfactionem condemnari petit, argum. l. ult. Cod. quibus ex caus. major. &c.*

Nec obstat §. *rursus Instit. de Action.* ubi Justinianus Imperator videtur hanc Actionem recensere inter actiones Reales, quoniam id ideo fit, quòd ea frequentiùs Realis quàm Personalis esse soleat, Schneidevv. *ibi n. 9.* & post eum Schambogen; etiamsi hæc actio revera, & à parte rei sit nativa, cùm in- 2

indiſtinctè naturam præcedentis actionis imitetur, ratione qualitatis, & ad jectionis tamen dativa eſt, ac proinde cauſa ejus remota, ſeu magis impulſiva eſt æquitas in abſentia, alióque juſto impedimento fundata, *l. 1. §. 1. ff. quibus ex cauſ. major. in integr.* proxima autem fictum dominium, vel etiam jus ad rem, Lauterbach *ad tit. ff. quibus ex cauſ. major. theſ. 16.* ad hoc autem, ut promptiùs intelligatur, quibus perſonis hæc competat, præmittenda eſt expoſitio hujus fundamenti, ſeu abſentiæ quæ in ſenſu juridico accepta nihil aliud eſt, quàm ſi quis in loco, ubi domicilium habet, & ordinariè morari aſſolet, abeſt. Dividitur hæc abſentia 1. in *ordinariam*, & *extraordinariam*; prior eſt, quæ enaſcitur ex domicilio in diverſis locis ſtabilito, hinc qui Viennæ domicilium habet, dicitur Romæ abeſſe, quæ abſentia præcipuè conſideratur ad præſcriptionem complendam; poſterior eſt, quando quis per accidens à loco, in quo domicilium habet, abeſt, quæ abſentia extraordinaria ideo dicitur, quia adverſatur naturæ, & usùs humani ordini, proprios deſtituere lares, & per alienos vagari, eſtque reſpectu prioris perſonalis, quia in hac magis ſpectatur, an perſona ſit præſens, quàm domicilium. Abſentia verò hæc extraordinaria vel conſideratur reſpectu Magiſtratûs, vel reſpectu partium; & reſpectu Magiſtratûs quidem dupliciter, vel quando à loco Jurisdictionis abeſt, vel quando judicium differt, & *interpretativè* abeſſe dicitur; reſpectu partium verò duplici pariter modô abſentia conſideratur, aut enim *verè* abſunt, aut *fictè*. priori modo, ſi quis verè eſt abſens à loco domicilij, poſteriori, quando quis præſens quidem eſt, ob certas tamen cauſas pro abſente habetur; hinc in negotijs, in quibus conſenſus exigitur, furioſi, mente capti, infantes, dormientes, & ebrij pro abſentibus habentur. *l. 1. §. 1. ff. de auctorit. & conſens. tutor. l. 2. §. 3. ff. de jur. Codicill. l. 17. §. 11. ff. de injur. l. 124. §. 1. ff. de R. J.*

Secundo abſentia eſt vel neceſſaria, vel voluntaria, Struvius *Syntagm. juris Civil. exercit. 8. theſ. 72.* illa vel eſt laudabilis, & honoraria, quemadmodum quando quis Reipublicæ cauſa, & propter Reipublicæ commodum coactus abeſt, *l. 36. ff. quibus ex cauſ. major* quales ſunt milites, Legati; *l. 7. & 8. ff. eodem.* aut eſt famoſa, ſeu vituperabilis, & propter aliquod commiſſum delictum impoſita, in quo ſenſu relegati, incarcerati, ſeu proſcripti, abeſſe dicuntur; *l. 9. & l. 26. §. 1. ff. eodem.* aut denique caſualis, ſi quis nempe à latronibus injuſtè detentus, aut alio inopinato impedimento impeditus abeſſe debet, veluti in hyeme navigantes, aut tempore graſſantis peſtis, vel longinqua intemperie impediti, quo minùs propoſitum iter conficere poſſint. *l. 3. §. 1. ff. eodem.* Voluntaria autem ſimiliter alia ſingulari favore digna

&

& à jure privilegiata, *l. 28. ff. eodem. Auth. habita Cod. ne Filius pro Patre.* aut non privilegiata est, sed solùm lucri faciendi, seu proprij commodi causâ suscepta, *l. 42. ff. eodem* vel denique affectata, seu malitiosa, ut si quis legitimè ad confectionem litis, vel alterius negotij citatus, per contumaciam abest, & pertinaciter latitat. *l. 2. §. 8. ff. si quis caution. judicio sist. &c.*

4 Quibus præmissis notanter advertendum, quòd hæc Actio non detur ob absentiam ordinariam; ratio est, quia Prætor per restitutionem solùm illis succurrit, qui ob absentiam rebus suis invigilare non possunt, *l. 1. ff. quib. ex caus. major.* sed per hanc absentiam non impeditur quis debitam rebus suis operam navare, ergo in absentia ordinaria locum non habet restitutio; regulariter ergo conceditur propter absentiam Magistratûs, *l. 1. §. 1. l. 26. ff. quib. ex caus. major.* atque propter absentiam necessariam, laudabilem, & casualem, Schambogen *in §. rursus Inst. de Action.* non autem propter vituperabilem, quæ in thesi non est sufficiens. Voluntaria privilegiata etiam facit locum huic Actioni, per jura superiùs allata. Ex quibus irrefraganter patet, hanc actionem dari absenti contra præsentem, *tot. tit. ff. quib. ex caus. major. l. 35. §. 5. & 7. eodem.* quòd si autem dolo malo, vel alterius grandis commodi gratiâ abfuisset, neutiquam restitutio indulgetur. *l. 4. ff. quib. ex caus. major. l. 36. ff. eodem.* Secundò datur præsenti adversùs absentem, qui nimirum res præsentis secum asportavit, eásque in absentiâ suâ præscripsit, hoc tamen interposito discrimine, quòd in hoc posteriori casu quævis sufficiat absentia, *l. 21. §. 1. ff. dicto tit.* Lauterbach. *ibi thes. 11.* Struvius *Syntagm. Juris Civil. exercit. 8. thes. 70.* modò absens non reliquerit Procuratorem, aut per aliam Personam non fuerit defensus, *l. 21. §. 1. l. 22. ff. eodem*, tunc enim præscriptio interrumpi potuit, & ideo ejus culpâ res præscripta esset.

Illud hoc loco dubium est, an hodierno jure, postquam nimirum *in l. 2. Cod. de Annal. except.* proditum est remedium, quo quis præscriptionem, ab absente inchoatam, interrumpere coram Judice competente potest, adversùs absentem cesset hæc actio Rescissoria? quod affirmat allegatus Struv. *cit. locô.* Mihi videtur, non obstante novo illo remedio, nihilominus Actionem rescissoriam adversùs absenté continuari, quoniam sicut illud remedium est introductum in favorem actoris, ac proinde in ejus electione esse debet, quonam ex his remedijs uti velit, ita non constat de mente Imperatoris, per *dictam l. 2.* jus antiquum abrogare volentis, præsertim, cùm nihil expresśè meminerit, ergo meritò dispositioni juris antiqui standum est, *l. 27. Cod. de testam. l. 32. §. 6. Cod. de Appellat.* ad quod præcipuè me movet, cùm re- 5

remedium hoc extraordinarium sit pinguius illo ordinariô in *sæpè allegat. l. 2.* cùm per hoc res denuo repetatur, per illud autem sola interrumpatur præscriptio. Lauterbach. *præcit. locô thes. 13.* Tertio datur Actio rescissoria absenti adversùs pariter absentem. Nec obstat, quòd privilegiatus contrà similiter privilegiatum non exerceat suum privilegium. Illud enim tantùm obtinet in pariter privilegiatis, non autem quando diversô modô sunt privilegiati, sola quippe absentia non est causa sola privilegij, sed absentia cum læsione, quæ in illo, contra quem intenditur, non reperitur.

6 Illud adhuc à me intactum circa hanc materiam relictum est, an ignorantia justum præbeat impedimentum restitutionis in integrum? Negativa mihi probabilissima videtur tum *per l. 3. Cod. de Præscript. 30. annor.* hoc enim admisso tota materia præscriptionis, ad utilitatem publicam introducta, everteretur; tum quòd, quando omnis controversia moveri prohibetur, etiam restitutio denegetur, *l. 1. Cod. si adversùs vendit.* atqui post præscriptionem *30. vel 40. annor.* adversùs ignorantem impletam controversia, seu lis moveri prohibetur, ergo etiam restitutio denegabitur, *per dictam l. 3. & 4. Cod. de Præscript. 30. annor.*

7 Porrò tempus, quô actio hæc olim dabatur, erat annus utilis, sicut passim dicitur *in tit. ff. quib. ex caus. major. in integr. &c.* & *l. 35. ff. de oblig. & action.* hodie autem est quadriennium continuum, computandum nimirum à tempore cessantis impedimenti, *l. ult. §. 1. Cod. de Tempor. restit.* tametsi communiter censeatur hoc quadriennium à tempore scientiæ currere, & ab eo tempore computandum esse, quo olim annus utilis currebat. Videantur, qui referuntur à Lauterbach. *in dict. tit. thes. 27.* quos autem nervosè refutat Bachov. *in Tract. de Action. disput. 3. thes. 29.* Primò tamen nec indistinctè, ac perpetuo competit quadriennium, si enim quis in minoris temporis lapsu læsus est, etiam minus tempus ad movendam hanc Actionem concedetur, v. g. si in anno dimidio læsus esset, intra tanti temporis spatium instituenda foret actio; tantum quippe reparat restitutio, quantum abstulit læsio. *l. 26. §. 8. ff. quib. ex causis major.* Videantur illi, qui referuntur à Sfortia Oddo *de Restit. part. 1. quæst. 19. art. 4.* Dices: ergo tempus huic Actioni præfinitũ non erit quadrienniũ; contra *l. ult. Cod. de temp. restit.* Respondeo cum Oddo *in dict. art. 4.* ergo non est quadriennium ad Actionem hanc movendam, seu proponendam, transeat: ad eam semel in Judicium deductam finiendam, nego; in quo sensu etiam loquitur *Clement. un. de restit. in integr.* ac propterea commentitia videtur illa communis distinctio, quâ distinguunt tempus ad quod, & tempus intra quod, quemadmodum eam nervosè refutat. Prænob. & Cla-

Clariss. D. Bassus *in suis prælect. Academ. Cod. quibus ex caussis major. &c.* Plura de hac actione vel restitutionis specie desiderantem remitto ad meam *Semicentur. Illustr. quæstion. ex prim. Pandectar. part. quæst. 48. & 49.*

ACTIO

In factum de alienatione Judicii mutandi causâ factâ.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit*, judicium mutare?
2. *Quid veniat nomine* alienationis?
3. *Quid requiratur, ut hæc actio detur.*
4. *Definitio Actionis.*
5. *Efformatur subjectum.*
6. *An pertineat ad cessionem actionis?*
7. *An locum habeat in actionibus in rem scriptis.*

1 VIgesima 2. da Actio est in factû de alienatione Judicij mutandi causâ factâ. Dicitur autẽ res judicij mutandi causâ alienata, quando quis metu controversiæ sibi imminentis rem, de qua sibi litem impendere intelligit, dolô malô in alium transfert, per quam translationem molestiorem mihi subrogat adversarium, adeóque conditionem litis prosequendæ mihi obtrudit deteriorem, ut ex subjectis exemplis liquet: 1. mò si translatio possessionis fiat in potentiorem, cujus vires non adæquo; *L. 1. §. 1. verb. fin. ff. de alienat. judic. mut. caus. fact.* 2. ò si in alterius provinciæ subditum res alienetur, cum quo molestius est agere; *dict. §. 1. & l. 3. ff. eod.* 3. iò si in Clericum res sit translata, cujus ob fori mutationem infensior evadit conventio. *Cap. ult. Extr. eod.*

Nomine autẽ alienationis huic a- 2
ctioni deserviẽtis venit omnis causa seu titulus, quô ab habente potestatem dominium, vel possessio transferri possit: *L. 4. §. 1. ff. de alienat. judic. mutand. caus. fact.* quin sufficit, si à possessione dolô malô abscedat, ut molestior eam occupet litigator. *dict. l. 4. §. 1. ff. eod.*

Hinc ad hoc, ut hæc actio con- 3
cedatur, deposcitur 1. mò, ut possessio sit translata, *cit. l. 4 §. 1. ff. sæpè cit. loc.* 2. ò ut talis translatio sit facta per actus inter vivos, non postremæ voluntatis, *L. 8. §. 3. ff. de alienat. iudic. mutand. caus. fact.* ex fundamentali ratione,

ne, quòd alienatio, quæ per actus ſupremæ voluntatis contingit, ex neceſſitate proficiſcatur, cùm quilibet, ſive fiat per teſtamentum, ſive eveniat ab inteſtato, bona ſeu patrimonium ſuum neceſſariò dimittere teneatur, unde potiùs benignâ voluntate, quàm animo judicij mutandi, translatio facta eſſe præſumitur. Wiſenbach. *ff. eod. n. 6.* Manz. *eod. n. 19.* 3. iò exigitur, ut fiat dolô malô, & judicij futuri mutandi causâ, *L. 1. ff. de alienat. judic. mut. cauſ. fact.* ſi enim rem alienaret aliquâ urgente vel infirmitatis, vel ætatis neceſſitate, aut tædio moleſtiarum, Zoeſ. *ff. eod. n. 3.* præſumptionem ſubmoveret, qui enim utitur jure ſuo, nemini facit injuriam. *L. 1. ff. de fund. dotal. l. 55. ff. de R. J.* Dixi, *judicij futuri*, ſi enim judiciô jam cœptô alienaret, talis alienatio, tanquam rei litigioſæ, eſt ipsô jure nulla, adeóque nullô remediô prætoriô, utpote quod reſciſſorium eſt, & valorem actûs præſupponit, indigeret; poſtremò requiritur, ut actoris ratione expenſarum, vel alterius intercurrentis incommoditatis interſit, *L. 3. §. ex quibus 4. ff. de alienat. jud. mut. cauſ. fact.* ceſſante enim intereſſe, tanquam causâ dandi actionem, & ipſa ceſſat actio. His pro neceſſario fundamento ſuppoſitis

4 Deſcribi hæc actio poteſt, quòd ſit Prætoria, perſonalis, rei perſecutoria, arbitraria, competens adversùs judicij futuri mutandi causâ dolosè alienantem, ad id, quod actoris intereſt. Manz. *dict. loc. n. 49.* Struvius *ſyntagm. jur. Civil. exercit. 8. theſ. 89.* Eckolt *ff. de alienat. judic. mutand. cauſ. fact. §. 3.* nec obſtat, quòd ſit à Proconſule propoſita, ut liquet ex *l. 1. ff. eod.* adeóque prætoria eſſe non videatur; quemadmodum enim Prætores in urbe, ita Proconſules in provincijs Edicta propoſuerunt, quæ vim juris prætorij ſortita ſunt *l. 26. ff. de dol. mal. l. 27. §. 1. ff. de minor.* adde, quæ annotat Petrus Myllerus in Struvium *dict. loc.* Ad Actiones arbitrarias ideò reducitur, cùm in ea interveniat arbitrium de reſtituendo judicio in eum ſtatum, in quo fuit ante alienationem, cui ſi non paretur, datur ad Actoris intereſſe, Harpprecht. *ad §. 31. Inſtit. de action.* & plures alij, quos adducit laudatus Myllerus in Struv. *d. loc.* hinc non pœnam, ſed rei perſecutionem complectitur. *L. 4. §. 6. ff. de alienat. judic. mutand. cauſ. fact.* Cauſa ejus remota eſt delictum, *l. 7. ff. eod.* proxima eſt obligatio.

Datur omni illi, cujus cauſa per alienationem eſt facta deterior, & 5
ejus hæredi, cùm rei perſecutionem complectatur, *l. 4. §. fin. ff. de alienat. judic. mutand. cauſ. fact.* contra dolô malô alienantem judicij futuri mutandi causâ, non verò ejus hæredes aut ſucceſſores, cùm ex delicto ſit nata; *L. 5. 6. & 7. ff. eod.* datur ad intereſſe, ſeu reparandam læſionem, quam actor

per

per subrogationem molestioris adversarij incurrit, *l. 1. & l. 3. §. 4. ff. dict. tit.* est annalis, *l. 6. ff. eod.* ad instar cœterarum restitutionis specierum, quarum tempus non est mutatum.

6 Dubium est, an hoc Edictum quoque pertineat ad actionis cessionem ab actore factam? Affirmat hoc Manz. ad hunc *tit. n. 60.* quem sequitur D. Widmont *eod. n. 20.* Antonius Perez. & alij per *L. 11. ff. dict. tit.* At mihi probabilior videtur negativa, argt. *l. 4. §. 2. ff. de alienat. jud. mut. caus. fact.* ratio est partim, quòd per cessionem actionis, sive ea sit realis, sive personalis, non mutetur forum, partim, quòd, qui actiones suas in potentiores dolosâ cessione transferunt, earum patiantur jacturam, *l. 2. Cod. ne lic. potentior.* &c. quæ lex indiscretè loquitur, nec distinguit, utrùm ratione officij, vel alio respectu sit potentior. Bacchov. in Treutler. *vol. 1. disput. 11. thes. final. litt. A.* Petrus Myllerus in Struvium *syntagm. jur. Civil. exerc. 8. thes. 87.* Lautterbach. *in conclus. forens. exercit. 13. thes. 10.* Nec obstat superiùs adducta *l. 11. ff. de alienat. judic. mut. caus. fact.* specialis quippe in *dict. L.* exhibetur casus, quô quis militi cessit actionem realem, judicij quidem mutandi causâ, & exinde mota quæstio, an cedens actionem cessam movere queat? quod affirmatur, cùm actio directa penès cedentem retenta sit; hinc tamen haud sequitur, mutatum esse forum, causâmque rei deteriorem esse factam, quamobrem non liquet, qualiter rei causa in hoc passu fieri potuerit deterior, quoniam major agendi potestas in cessionarium transferri nequit, quàm ipsemet sortitur cedens.

Dubium est 2. an alienans rem ideo, quòd pertimescat actionem 7
in rem scriptam, hac actione conveniri queat? ℟. non habere locum in simili casu hanc actionem; ratio hujus assertionis est, quia hoc Edictum tunc solùm sibi vendicat locum, quando Judicium mutatur, adeóque in actionibus tantùm realibus, per quas agentis conditio fit deterior; *l. 1. ff. de alienat. judic. mut. caus. l. unic. Cod. eod.* in actionibus verò in rem scriptis non mutatur judicium, tametsi enim contra quemvis etiam possessorem porrigantur, non tamen adversùs eum solum conceduntur, ex ratione, quòd sint personales, ac per consequens contra illum quoque moveri possint, qui rem non possidet; hinc in tali casu actoris conditio potius melior videtur fieri, cùm sit in ejus arbitrio, an velit contra alienantem, an contra possessorem agere. *l. 14. §. 5. ff. quod met. caus.*

ACTIO

Ex Compromisso.

SUMMARIUM.

1. *Qualiter arbitri compelli possint ad definitionem causa.*
2. *Partes compromittentes obstringuntur laudo.*
3. *Quô remediô compelli possint indirectè?*
4. *Qualis directa detur actio?*

1 Vigesima tertia actio est, quæ oritur ex Compromisso. Duplex hoc loco occurrit discussio, prima est, an arbitri ad determinationem causæ, altera, an partes compromittentes ad laudi executionem compelli queant? Ad primam Respondeo, ad receptionem compromissi neminem esse cogendum, cùm voluntatis & meri arbitrij sit actus, atque, ut utar verbis Ulpiani in *l. 3. §. 1. ff. de recept. arbitr.* receptio arbitrij sit extra necessitatem Jurisdictionis posita; si autem arbitrium semel quis recepit, ad rei controversæ definitionem haud dubiè compelli potest, *dict. l. 3. §. 1. ff. cit. loc.* & quidem vel per implorationem officij Judicis, *L. 32. §. 12. ff. eod.* vel indictione mulctæ, aut captione pignoris. Cœteroquin nec ad determinationem compromissi alios potest substituere, nisi id in compromisso specialiter constitutum; *l. 32. §. 16. ff. eod.* Si verò justas & legitimas suæ recusationis ostendit causas, quales præstituit Ulpianus & Paulus in *l. 15. & 16. ff. eod.* ejus excusationi erit deferendum. Videatur Lauterbach in *disput. de Arbitr. thes. 32.* Struvius *syntagm. jur. Civil. exercit. 8. thes. 102.* ibique Petrus Myllerus *in notis.*

2 In resolutione alterius quæstionis est indubium, quòd laudum, seu sententia ab arbitris compromissarijs lata, ex propria sua vi nullam sortiatur authoritatem, cùm non sit propriè Judicialis sententia, hincque nec actionem, nec exceptionem progeneret. *l. 1. Cod. l. 2. ff. de recept. arbitr.* quoniam verò partes arbitros ad decidendam controversiam spontaneô motu elegerunt, eorúmque arbitrio se obtemperaturos promiserunt, *l. 27. §. 2. ff. eod.* & *L. 78. ff. pro soc.* ei haud dubiè stare tenentur, etiam remotâ iniquitatis querelâ; *vid. dict. text.* quare ab arbitrali laudo appellare non est concessum, *l. 1. Cod. de recept. qui arbitr.* ibique Brunnem. Carpzov. *part. 1. constit. 1. definit. 13. n. 7.* Lauterbach in *dict. disput. thes. 39.*

nisi

nisi determinatum remedium in compromisso partes sibi reservârint. Mynsing. *obs. centur. 4. observ. 68.* si tamen ex gratia, vel inimicitiâ, aut sordibus corruptus arbitratus sit, exceptio doli datur læso, dolô enim facere censetur, qui exposcit pœnam ab eo, qui justissimam habet causam, quò minùs pareat sententiæ. *l. 32. §. 14. ff. de recept. arbitr. L. 3. Cod. eod.*

3 Cœteroquin si sententia sive laudum ab arbitris sit ritè, & juxta LL. constitutiones latum, partes ei stare compelli possunt, vel indirectè, metu nimirùm pœnæ, si quæ est in stipulationem deducta, si minùs, cogi possunt ad præstationem ejus, quod interest. *l. 1. Cod. de recept qui arbitr. l. 27. §. fin. ff. eod.* Casu verò, quô aut pœna aut id, quod interest, fuit præstitum, causa coram competenti Judice denuò tractari poterit, nisi aliud in compromisso fuerit conventum. *Authent. decernit. Cod. eod.* Gaill. *lib. 1. observ. 150.* vide prolixius differentem Lauterbach. *in alleg. disput. thes. 40.*

Per directum partes possunt compelli, quando expresse per subscriptionem, vel tacitè per silentium decem dierum laudum fuit homologatum, seu approbatum. *l. 5. Cod. de recept. qui arbitr.* Oritur inde actio in factum, cujus causa remota est subscriptio vel silentium, adeóq; aliquod factum, proxima est obligatio; datur compromittenti, & ejus hæredibus, adversùs partem laudo reclamantem, & implere recusantem, ejusque hæredes, ad hoc, ut contenta laudô adimpleat. In compromisso pœnali, secundùm communem sententiam, hæc actio locum non habet, Brunnem. in *d. l. 5. Cod. de recept. arbitr.* Bacchov. in Treutl. *vol. 1. disput. 12. thes. 4.* Gaill. *lib. 1. observ. 150.* nisi aliud sit dispositum, per ea, quæ docet Lauterbach *cit. disput. thes. 40. in fin.* 4

ACTIO

Ex Edicto Prætoris, Nautæ, Caupones & stabularij ut recepta restituant.

SUMMARIUM.

1. *Quis veniat nomine* Nautæ?
2. *Quis nomine* Cauponis & Stabularij?
3. *Quid sit actio de recepto?*
4. *Resolvitur aliqua Objectio.*
5. *Quid requiratur, ut hæc actio oriatur.*
6. *Quibus, &*
7. *Adversùs quos competat?*
8. *An porrigatur contra Aurigas?*

9. *Defenditur Negativa.*
10. *Eliduntur opposita.*
11. *Describitur objectum hujus actionis.*
12. *Resolvitur aliquod dubium.*

1 Actio vigesima quarta & ultima, quam complectitur Pandectarum prima pars, depromitur ex *tit. Nautæ, Caupones, Stabularii* &c. in qua Rubrica Prætor variè defendit hospites & Viatores adversus improbitatem Cauponum, Nautarum, & Stabulariorum. Et quamvis nautæ nomine in generali significatione omnis ille veniat, qui in navi est navigandi gratiâ, *l. 1. §. 2. ff. naut. caupon. & stabul.* &c. *l. unic. §. 1. ff. si furt. advers. naut.* &c. de quibus Stympanus *in tract. de jur. maritim. & nautic. part. 3. cap. 5. n. 3.* & alij relati à Lauterbach in *disput. de Naut. Caupon. & Stabul. thes. 2.* hoc locô tamen accipitur Nauta in strictiore sensu, & pro eo tantùm, qui navim exercet, cuique omnes reditus & obventus navis obtingunt, *cit. l. 1. §. 2. ff. eod.* sive dein sit Dominus navis, sive ejus conductor, sive gratis eam teneat. *l. 1. §. 15. ff. de exercit. action.*

2 Caupones verò sunt, qui quotidiani & proprij quæstûs causâ cauponam exercent, *l. 1. §. 5. ff. Naut. Caup. & Stabul. ut recept. restit.* recipiendô Viatores, præstandô eis cubicula, & edulia; Stabularij denique dicuntur, qui quotidiani lucri causâ stabula exercent, recipiendô jumenta: *dict. l. 1. §. 5. & l. 15. ff. dict. loc.* Dixi, *quotidiani*, si enim Stabula ad certum tempus quis locaret, locatoris potiùs, quàm stabularij functuram obiret: *l. 1. §. 1. ff. dict. tit.* hodie ejusmodi stabula cauponis sunt conjuncta, in terminis Lauterbach. *dict. disput. thes. 4. in fin.* Adversùs hos igitur Prætor Edictum proposuit, vi cujus illata in navim, cauponam, & stabulum singulari custodiâ observent, eáque salva & illæsa fideliter restituant; *l. 1. ff. Naut. Caupon. & Stabul. ut recept. restituant.* duplex igitur Actio in hoc Edicto à Prætore est prodita, prima de recepto, altera, quâ adversùs famulorum & inhabitantiû delicta experiri datum est. *l. penult. & ult. ff. cit. tit.*

Differendô de primâ, definiri illa 3
potest, quòd sit actio in factum prætoria, personalis, rei persecutoria, & perpetua, quâ Viatores & hospites à navium, cauponarum, & stabulorum exercitoribus recepta repetunt. *l. 1. §. 8. l. 2. & 3. ff. eod. In factum* dicitur, quoniam ex descriptione facti designatur, nec enim certo, & specifico nomine demonstrari potest; causa ejus remota est quasi contractus, Brunnem. in *l. 1. ff. Naut. Caup. & Stabular. &c.* Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 8. thes. 108.* hoc ipsô enim, quòd quis navem, vel cauponam exercet, eam tutissimum esse rerum receptaculum, & diversorium confitetur, adeóque quamprimùm res illa-

illatæ vel receptæ, custodiæ eorum commissæ censentur, *l. 1. §. 6. & 8. ff. Naut. Caup. & Stabul. ut recept. restit.* etiamsi expresse in pactum nihil sit deductum.

4 Dices: receptio imbibit naturam expressæ conventionis, ergo non oritur ex quasi contractu; ita comminiscitur Stympanus *cit. tract. de jur. maritim. part. 4. cap. 15. n. 266.* nilque aliud esse actionem de recepto, quàm actionem depositi, ait. Hoc tamen commentum ab ipso Ulpiano in *l. 3. §. 1. ff. eod.* refutatur, ubi disertè actionem prætoriam ab actione civili depositi secernit; neque etiam hæc actio de recepto expressam conventionem exigit, sed eô ipsô, quòd exercitores navium, cauponarum & stabulorum, aut illorum ministri, qui ad hoc specialiter sunt determinati, rem in navim, cauponam, vel stabulum inferri passi sunt, earum custodiam tacitè recepisse censentur. *l. 1. §. 6. & fin. ff. dict. tit.* vide in terminis differentem Lauterbach in *alleg. disput. thes. 21.* Carpzov. *part. 2. constit. 26. definit. 10.*

5 Ad hoc verò, ut hæc actio cum effectu moveri queat, requiritur 1. ut quis navim, cauponam, vel stabulum exerceat, *l. 1. & seq. ff. cit. tit.* nec sufficit, si quis singulari necessitudine, vel sanguine junctum, aut sub adventum Principis Aulicos, vel tempore nundinarum Mercatores recipiat, vel denique, si Civis Studiosos Academicos in ædes & mensas admittat, cùm in his omnibus deficiat professio, indéque orta suspicio, quæ edicto Prætoris caussam præbuit; 2. deposcitur, ut Caupones, nautæ, vel stabularij res receperint ut tales, si enim sub alio respectu receperint, cessat ordinaria hæc, & vel depositi, vel locati moveri poterit actio; 3. requisitum est, ut Exercitores ipsi, aut illi, qui ad hoc sunt deputati, eas receperint, si enim alijs, quàm qui determinati sunt, res sit tradita, Exercitores non obligantur, quales sunt Mediastini. *l. 1. §. 4. ff. eod.*

Datur itaque Actio hæc omnibus Viatoribus, Vectoribus, & hospitibus, quorum res sunt receptæ, non verò salvæ, seu integræ restitutæ, *l. 1. ff. eod.* etsi quoque Caupones vel Nautæ sint. *l. 4. §. 1. ff. Naut. Caup. & Stabul. &c.* Dubium est, utrùm, sicubi celebrentur convivia nuptialia, vel alia honesta in publicis diversorijs, etiam Convivis, si pallia, gladij, aut alia similia desiderentur, hæc actio accommodetur? Quamvis vix ab ullo Auctore hæc specialis quæstio tangatur, mihi tamen affirmativa præplacet, & quidem ob Edicti generalitatem, & rationes, quæ proponuntur in *l. 1. §. 1. l. 31. ff. eod.* Datur hæc actio etiam Viatorum & hospitum hæredibus, cùm sit rei persecutoria, & ex quasi contractu descendat. 6

Porrigitur adversùs Nautas, nullo interposito discrimine, an parvæ, seu magnæ sint naves; *l. 1. §. 3. ff. eod.* adversùs Caupones, & durante officiô contra eorum institores, 7

l. 1.

l.1.§.4.ff.ibid. nec intereſt, an maſculus, ſeu fœmina exerceat: contra ſtabularios item, *l. 1.§.5.ff.eod.* contráque omnium prædictorum hæredes. *l.3.§.4. alleg. tit.*

8 Ambigi poteſt, utrùm protendatur quoque adversùs Aurigas? Dubitandi ratio oritur ex paritate cum nautis, quemadmodum enim hi, ita & illi perſonas & res transvehendas ſuſcipiunt Mantica *de tacit. & ambig convent. l. 11. tit. 23. n. 4.* per *l. 1. §. 7.* ubi navis & vehiculum æquiparantur, & *l. 14. ff. de furt.* ubi ille, qui res perferendas recepit, æquiparatur Cauponi. 2. quemadmodum Viatores & Vectores Exercitorum ſequuntur fidem, ita & Aurigarum, præterquàm quòd & horum fides ſit ſuſpecta, atque eorum mores diſſoluti eſſe conſueverint, útque nautæ ſunt fæces maris, ita aurigæ fæces terræ, & genus plerumque bibulum, quò collimant Conſtitutiones Imperij *de ann. 1497. §. 3.* von den Fuhrleuthen / & *de ann. 1577. §. 161.* von Schiffern und Fuhrleuthen. addantur, quæ refert Chriſtophor. Richterus *part. 3. deciſ. 141. n. 16.* & alij relati à Lauterbach in *dict. diſputat. theſ. 33.*

9 Mihi negativa juri, & ejus rationi conformior eſſe videtur, cujus ratio per ſe apparet eſſe ſolida, cùm hoc Edictum ſpecialiter ſit introductum in odium Exercitorum Cauponæ, navis, & ſtabulorum, ut Viatores, hoſpites, & Vectores adversùs illorum improbitatem defendantur, *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. ff. dict. tit.* hinc ad alios, qui in hoc Edicto ſpeciatim non ſunt notati, hæc Actio porrigenda non eſt. Vide magnum Authorum numerum, quem allegat, & ſequitur Lauterbach in *diſput. cit. theſ. 35.* Præcipuum robur ſortitur hæc aſſertio ex *l. 1. §. 2. ff. Naut. Caup. & Stabul.* ubi Ulpianus omnes recenſet, qui actione de recepto obſtringuntur, attamen de Aurigis nullam mentionem addit, cùm eam tamen ad exercitores ratium, & lintrarios etiam protendat.

Quæ ſunt in adverſum adducta 10 facili impetu ſubmoventur, quanquam enim inter exercitores cauponarum, & navium ex unâ, & Aurigas ex altera parte ſit paritas, cùm hi æquè, ac illi perſonas & res transvehendas recipiant, eorùmque fidei ſæpiùs ſtandum ſit, de his tamen in jure nihil eſt cautum, ergo absque ſingulari textu Edictum hoc odioſum non eſt extendendum, cùm in conſtitutionibus odioſis non detur argumentum à ſimili. Minùs adverſatur, quòd ille, qui tanquam artifex operam obtulit, aut aliquid de loco ad locum transportandũ ſuſcepit, de culpâ etiã leviſſimâ teneatur, juxta *l. 25. §. 7. ff. locat.* Bacchov. in Treutler. *vol. 1. diſput. 29. theſ. 6. litt. E.* Bruneman. in *cit. l. 25.* minùs, inquam, hoc adverſatur, quoniam artifices de culpa leviſſimâ tenentur tantummodò ratione artis, quam profitentur, quoad cuſtodiam verò ſtrictiùs non obligantur, quàm conductores, David Mævius *ad jus*

Lubec. libr. 3. tit. 8. art. 16. n. 7. Aurigæ verò res transferendas non ut artifices, ſed meri conductores recipiunt, adeóque regulariter ad levem tantùm culpam adſtringuntur. Carpzov. *part. 2. conſtit. 26. definit. 19.* Hartman. Piſtorius *lib. 1. quaſt. 18. n. 11.* adde præjudicium apud Lautterbach in *cit. diſput. theſ. 35. in fin.*

11 Porrò hæc actio datur ad rerum receptarum reſtitutionem, & ſi reſtituendi in ſpecie facultas ſit adempta, ad earum æſtimationem, quamvis citra eorum, qui receperunt, culpam perijſſent, aut damnum perpeſſæ forent; *L. 3. §. 1. ff. Naut. Caup. & ſtabul.* promiſiſſe enim id genus hominum, res ſalvas fore, earúmque cuſtodiam in ſe recepiſſe cenſetur. *L. 1. §. fin. ff. ibid.* ſi tamen caſum inevitabilem, aut vim majorem, naufragium v. gr. aquarum impetum, violentiam ventorum aut piratarum, hoſtiúmve irruptionem recipiens probare poterit, *dict. l. 3. §. 1. ff. Naut. Caup. & ſtabul. ut recept.* ab hac actione immunis erit, adversùs ſimiles enim caſus humana non prodeſt cuſtodia. *L. 31. ff. de action. empt.* Illud tamen ſingulariter hîc eſt annotandum, quòd, ſi conſtet de tali fatali caſu, Viator verò aut Vector contendat præceſſiſſe culpam nautæ vel Cauponis, ad probandum hoſpes vel Viator adſtringatur; Carpzov. *part. 2. conſtit. 26. defin. 18.* & plures relati à Lautterbach in *ſæpè dict. diſput. theſ. 38.* Klock. *vol. 3. conſil. 135. n. 13.* quòdſi verò talis eveniret caſus, qui abſque cuſtodientis culpâ evenire non conſuevit, Exercitores ad rerum amiſſarum vel peremptarum æſtimationem obligantur, quin Vectores & hoſpites culpam probare debeant, argt. *L. 3. §. 1. ff. Naut. Caup. & ſtabul. &c.* Wiſenbach *ff. ibid. n. 1.* Carpzov. *cit. loc.* niſi ipſius Viatoris propria accedat culpa, ex gr. ſi Viator res ſuas equidem in cauponam infert, ſed in loco inſolito & ad cuſtodiam inhabili ſeponit, ſi in ſtabulo, ubi equum ſuum ſtabulandum tradidit, vel in area longè latéque patenti pallium, pileum, ſeu valiſiam rebus pretioſis refertam reliquit, ſícque occaſionem furti ipſe præbuit, tunc enim Caupo hac actione conveniri nequit, per ea, quæ poſt Baldum, Zaſium, Caſparum Theſaurum *lib. 2. quaſt. 55.* docet Lautterbach in *diſput. memorat. theſ. 44.*

Dubium eſt, ſi Viator res ſuas in Cubiculum à Caupone, ſeu ejus inſtitore aſſignatum intulit, ſimúlque illius claves accepit, atque res ſubin ſubreptæ ſint, an contra Cauponem nihilominus agi poſſit? Reſp. aut caupo claves tradidit cum expreſsâ proteſtatio- 12

ne & declaratione, se res Viatoris non recipere in custodiam, sed ipsimet Viatori per clavium traditionem rerum suarum custodiam committere, & tunc Caupo ab actione de recepto liberatur; *L. fin. ff. Naut. caup. & stabul. &c.* aut nudè & simpliciter absque hac protestatione claves dedit, & nuda hæc clavium porrectio actionem hanc non submovet: ratio est, quoniam clavium traditio ideò fieri potest, ut Viator rebûs suis pro lubitu liberè uti queat, non ut caupo ab hac actione liberetur. Harprecht *in §. 5. Inst. de Oblig. quæ ex quas. contr. nasc. n. 3.* & plures relati à Lautterbach in *cit. disput. thes. 45.* Cœteroquin cum hac actione plures aliæ possunt concurrere, quemadmodum actio locati, *L. 3. §. 1. ff. eod.* depositi, L. Aquiliæ, aut furti, unâ tamen electâ, ad alteram transgredi non datur, *dict. L. 3. §. fin. ff. dict. tit.* Videantur relati à Lautterbach in *alleg. disput. thes. fin.* Altera, quæ passim in hoc titulo explicari solet, actio, competens in duplum adversùs Nautas, Caupones, & stabularios, ad id, quod ab illis est amotum, quorum operâ utuntur, exponetur inferiùs *in Lib. 47. tit. 5.*

SECTIO

SECTIO SECUNDA

De
Actionibus, quæ ex ſecunda parte Pandectarum deſcendunt.

ACTIO

Condictitia de Sportulis, & quæ datur adverſus executores litium.

SUMMARIUM.

1. *Sportula unde dicta?*
2. *Definitur iſta Actio,*
3. *Quæq; ſint ejus requiſita, deducitur.*
4. *Deſcribitur alia huic affinis Actio.*

1 PRima in ſecunda Pandectarum parte occurrit Actio condictitia de Sportulis, quæ propriè illæ dicuntur, quas litigantes Judicibus, & litium executoribus ſolvunt; *tot. tit. Cod. de Sportul. &c.* Nuncupatæ ita ſunt à Sporta, quâ Romani potentiores plebi eos ſalutanti munuſcula diſtribuebant, ſuntque duplicis generis, quædam enim Judicibus, & quidem ab utraque parte litigante dantur, *L. ult. Cod. de fruct. & lit. expenſ.* quæ & quantæ fuerint, docet Schneidevvin. *in §. tripli 24. inſtit. de Action.* aliæ verò ſunt, quæ ſolvuntur nuntijs, Viatoribus, & Executoribus citationum, quas reus conveniendus mox ab initio motæ litis ſolvere tenebatur, & quidem ſecundùm quantitatem ab Actore in libello expreſſam, *dict. §. tripli* ſecùs ac hodie, ubi non ampliùs juxta quantitatem petitam, ſed ſecundùm longitudinem ac diſtantiam itineris ſportulæ ſolvuntur, & pro ſingulis milliaribus certi denarij præſtantur.

 De-

2 Describi potest ista actio, quòd sit personalis, civilis, pœnalis, cujus causa remota est falsa & dolosa annotatio majoris quantitatis, proxima est obligatio; datur reo contra actorem, majorem, quàm quæ legitimè debetur, quantitatem in libello adscribentem, ad triplum illius, quod damni reo dedit.

3 Ad hoc autem, ut hæc actio locum obtineat, deposcitur 1.mò, ut actor dolosè majorem quantitatem libello expresserit, si enim errore lapsus id fecit, cessat hæc actio; vide, quæ scripsit Schneidewin & communiter DD. in §. *24. cit.* 2.dò ut plus re, id est, majorem summam complexus sit, quin communis est sententia, quòd etiam procedat, si plus locô petat, quemadmodum scribit Haersolte in *advers. action. part. 2. act. 1.* 3.tiò requiritur, ut iste excessus sit solutus executoribus citationum, de alijs enim expensis litium *cit. §. 24.* nihil disponit, si ergò victus victori in expensas condemnatur, ad simplum tantummodò tenetur; in hæredes hæc actio non porrigitur, nisi ex acceptâ pecuniâ quid ad eos pervenit, cœteroquin, etsi sit pœnalis, tamen perpetua est, quia Civilis. Hodie cessat, quoniam sportulæ non ampliùs solvuntur secundùm quantitatem in libello actionis expressam.

Alia priori affinis actio est condictio, quæ datur contra executores litium, qui ultra definitum sportularum modum quid exegerunt, vel extorserunt; est actio personalis, civilis, pœnalis, cujus causa remota est iniqua exactio, proxima est obligatio, datur reo contra executorem, qui plus, quàm erat definitum, extorsit, ad quadruplum ejus, quod ultra modum exegit, *L. ult. Cod. de sportul. §. 25. Instit. de Action.* Conferatur Manz. & communiter DD. *in dict. §. 25.* 4

ACTIO

Sive Querela inofficiosi testamenti.

SUMMARIUM.

1. *Describitur origo & essentia hujus actionis.*
2. *Quæ sit causa remota & proxima.*
3. *Refutatur opinio Harpprechti & Assectarum.*
4. *Solvitur alia Objectio.*
5. *Datur liberis etiam legitimis aut naturalibus tantùm, respectu testamenti materni,*
6. *Non verò respectu paterni;*
7. *Conceditur & parentibus;*
8. *Qualiter fratribus competat.*
9. *An habeat in hac querela locum*

eum Edictum Successorium.
10. *Diluuntur objectiones.*
11. *Num detur jus accrescendi.*
12. *Qualiter hæc querela transeat ad hæredes.*
13. *Contra quos detur.*
14. *An per eam totum testamentum evertatur.*
15. *An tota subvertatur institutio.*
16. *Quibus prosit querela.*
17. *Quid dicendum in casu, quo testamentum rescinditur ab illis, qui jus id impugnandi habent;*
18. *Non admittuntur rescissô per querelam testamentô ad successionem illi, quibus non est concessa querela.*
19. *Solvuntur objectiones.*
20. *Ad quæ testamenta spectet querela.*
21. *Recensentur casus, quibus hæc querela cessat.*

1 ALterũ in hac Digestorum parte locum tenet querela inofficiosi testamenti, quæ est actio Civilis, seu moribus introducta, ac præstituta ad impugnandum testamentum, quod contra pietatem, & naturalem parentum affectionem est conditum; sæpenumerò enim usuvenit, ut parentes, novercalibus illicijs & instigationibus permoti, prætereant liberos suos, & ideò pernecesse visum est, aliquô remediô liberis in simili casu injuriâ affectis succurrere. text. *in princ. Instit. de inoffic. testam. l. inofficiosum 3. ff. eod.* Tametsi verò in hoc passu plurimi sint, qui negent, querelam hanc esse actionem, Wesenbec, & Bacchov. *ff. de inoffic. testam. n. 4.* qui præter alios tenent, esse solùm aliquam implorationem officij Judicis, quâ petitur testamenti rescissio, ut aditioni hæreditatis ab intestato pateat locus; mihi tamen, cum Wisenbach *ad ff. disput. 17. thes. 1.* Lauterbach. *ff. de inoffic. testam. thes. 7.* Struvio *Syntagm. jur. Civil. exercitat. 57. thes. 4* & alijs, præplacet sententia, quâ asseritur, esse veram actionem, quemadmodum desumitur ex textibus *l. 7.* & *l. 12. l. 20.* & *l. 21. ff. de inoffic testam. l. 34. Cod. eod.* ac proinde describi potest, quòd sit actio realis, quâ ritè, injustè tamen & contra officium pietatis ab hæreditate exclusus petit, ut testamentum quasi à demente factum rescindatur, sibique hæreditas tanquam ab intestato adjudicetur.

Fundamentum seu causa ejus remota est lex fundata in æquitate, concedens hanc actionem propter jus hæreditarium prætensum, à quo quis contra officium pietatis exclusus est: causa proxima est jus in re sub prætextu acquisitum, perinde ac si testator insanæ mentis fuisset, atque ejus hæreditas ab intestato actori delata foret, per jura in *l. 2.* & *l. 5. l. 13.* & *l. 17. § 1. ff. de inoffic. testam.* Actiones namque reales non dantur solùm ex jure in re actualiter acquisitô, sed etiam fictô, seu 2

seu quod prætenditur; testamentum verò inofficiosum declaratum intelligitur retrò nullum, & quasi nunquam testamentum fuisset. *l. eum, qui 21. §. 2. ff. de inoffic. testam.* Videatur post Wisenbach *in dict. disputat. 17. thes. 1.* Donellus *lib. 19. Comment. cap. 3.*

3 Discessum ab hac sententiâ faciunt Doctores plurimi, quos inter est Harpprecht. *in princ. Instit. de inoffic. testament.* affirmans, querelam originem habere ex iniqua exhæredatione, esséque præparatoriam ad petitionem hæreditatis, non secùs, ac actio ad exhibendum ad rei vindicationem est præparatoria, adeóque esse actionem tantummodò personalem, quam opinionem suam *ibid.* pluribus deducit, & probat. Quidquid tamen speciosum illa habeat sententia, magis tamen (nisi verbis libet ludere) mihi placet, esse speciem petitionis hæreditatis, iniqua quippe exclusio ab hæreditate, à parentibus facta, tantùm causa impulsiva ipsius querelæ, non autem efficiens esse videtur.

4 Obijcies: Petitio hæreditatis conceditur solùm adversùs illum, qui pro hærede, vel pro possessore hæreditatem detinet, querela autem porrigitur contra verum hæredem, ergo non potest esse species petitionis hæreditatis. ℞. esse quidem hoc verum, sed tamen ille verus hæres à parte rei, & habitô respectu finis, seu juris hæreditarij ab excluso prætensi, pro hærede tantùm, vel pro possessore hæreditatem possidere dicitur, per *dict. l. 1. Cod. de inoffic. testam.* Ferdinand. Vasquez. *de succ. resolut. cap. 1.* Donell. *dict. lib. 19. cap. 3.* plura, quæ non tamen adeò momentosa obijciuntur, videantur apud Lauterbach. *cit. loc. thes. 8.* Porrò hæc querela non solùm per modum actionis, sed etiam exceptionis opponi potest, utpote si exhæredatus est in possessione hæreditatis, prout patet ex *l. 8. §. 13. ff. de inoffic. testam.* & *ibi* Brunnem. cui enim jura tribuunt actionem, ei multò magis concedunt exceptionem. *l. 1. §. 4. ff. de superfic.*

Subjectum autem hujus actionis, 5
seu personæ, quibus querela hæc datur, sunt illi, qui ex necessitate vel institui, vel ex justa causâ exhæredari debent, aut quibus legitima relinquenda est. *l. 1. & 2. ff. de inoffic. testam.* In specie tribuitur liberis à patre immerenter exhæredatis, *l. 1. ff. de inofficios. testament.* aut à matre præteritis, cujus præteritio vim exhæredationis sortitur; *§. fin. Instit. de exhæredat. liberor.* nec refert, sive liberi sint nati, sive nascituri, indulgetur quippe hæc querela & posthumis: *l. 30. §. 1. Cod. de inoffic. testam.* nec obstat, quòd causa ingratitudinis in posthumos cadere nequeat; quemadmodum enim nihil commune habet causa ingratitudinis cum valore testamenti, ita oppositio solùm probat, posthumum *justè* exhæredari non posse. Secundò etiam liberis per subsequens matrimonium legitimatis competit; *Novell. 12. cap. fin. Novell. 89. cap.*

9. &

9. & cap. 12. tertiò conceditur adoptatis ab ascendentibus, *l. 10. Cod. de adopt.* atque arrogatis, si moriantur puberes, *l. 8. §. 15. ff. de inoffic. testam.* secùs si impuberes decedant, tunc enim eis præstituta est condictio ex constitutione Divi Pij infra exponenda. Quartò indulta est hæc querela illegitimis quoque à matre aut ejus ascendentibus vel expressè exhæredatis, vel tacitè præteritis; quin & spurijs in specie, *l. 29. §. 1. ff. de inoffic. testam.* nisi mater fuerit illustris. *l. 5. Cod. ad SCt. Orphitian.* Naturales verò à matre etiam illustri exhæredati vel præteriti testamentum querelare non prohibentur.

6 E diverso si filij naturales à patre sint exhæredati, cessat querela, *Authent. licet Cod. de natural. liber.* in qua patri solummodò facultas datur, non verò necessitas injungitur, liberis naturalibus quid relinquendi. Cœteroquin id specialiter est notandum, quòd tam filij in potestate existentes, quàm emancipati, vel alio modo patriam potestatem egressi ad querelam recurrere possint. *l. 8. ff. de bonor. possess. contr. tabul*

7 Quintò conceditur querela parentibus, & quidem utriusque sexûs, si sint à liberis exhæredati, *l. 1. l. 14. l. 30. ff. de inofficios. testament.* quin etiam, si sint omninò præteriti, ratio est, quia præteritio parentum à liberis facta in locum exhæredationis succedit; *l. 17. Cod. eod.* proximiores tamen semper submovent remotiores, juxta ordinem videlicet successionis: *Novell. 118. cap. 2.* non tamen cum his admittuntur fratres & sorores utrinque conjuncti, *l. 27. Cod. dict. tit.* tametsi enim ab intestato cum illis de jure novo concurrant, haud tamen argumentum hoc in ordine ad querelam concludit.

Sextò, deficientibûs parentibûs querela devolvitur ad fratres & sorores; hi igitur, si à fratre vel sorore sint præteriti vel exhæredati, querelam movere possunt, & quidem si sint germani, absolutè admittuntur, sive hæres scriptus sit persona turpis, sive honesta, consanguinei verò repelluntur, si hæres sit persona honesta. *l. 27. Cod. de inofficios. testam.* vide, quæ scripta à me sunt *in quæst. Juridic. de mod. succedend. ex suprem. hom. voluntat. art. 5. quæst. 5. à n. 9.* 8

Ex his Quæstio resultat, utrùm in querela hac locum habeat Edictum Successorium? Sensûs quæstionis est, an eo casu, quô is, qui prior ad querelandum admittitur, accusare testamentum non vult, aut non potest, eò quòd repudiaverit, vel tempore exclusus, vel judiciô victus sit, ille, quem post hunc ordo successionis tangit, impugnare testamentum valeat? in casu e. g. quo avus instituto hærede Extraneo filium exhæredavit, & nepotem ex eo præterijt, dubitari potest, utrùm si filius repudiet querelam, nepos eam movere queat? Respondeo, ad- 9

admittendum esse Edictum successorium, & quidem indistinctè, non tantùm, ut linea succedat lineæ, sed etiam gradus gradui. Probatur hoc 1.mò *ex l. penult. ff. de inofficios. testament.* ubi expressè asseritur, sequentem admitti, si prior accusare nolit, aut non possit; probatur 2. quando sequens est in diverso ordine, admittitur ad querelam, *l. 14. ff. de inofficios. testam.* ergo quoque admittendus erit, si sit in eodem ordine; ratio est per se clara, qui enim repudiavit, vel tempore exclusus est, perinde habetur, ac si non ampliùs existeret, quæ ratio in utroque sanè casu pugnat: nec ideò nepos à motu hujus querelæ repelli potest, quòd ei vivo filio non debeatur legitima, siquidem nec avo, vivente nepote, debetur legitima, & tamen avus potest movere querelam, si nepos nolit, aut non possit, *l. 14. ff. de inofficios. testam.* ergò quemadmodum nepos non obstat avo, quò minùs ex persona propria movere querelam possit, ita nec filius obstabit nepoti, cùm præcedens in ordine ad hunc effectum censeatur non ampliùs exstare. Confirmatur hæc opinio ulteriùs per effatum Ulpiani in *l. 3. §. 5. ff. de bonor. possess. contra tabul.* asserentis: *qui de inofficioso cogniturus est, tam merita nepotis, quàm patris ejus delicta perpendet*, igitur delictum patris non obstat meritis nepotis, quò minùs ex persona propria agere contra testamentum inofficiosum queat. Donell. *comment. jur. lib. 19. c. 7.* Vinnius *select. quæst. l. 1. cap. 20.* Glettle *selectar. quæstion. part. 2. quæst. 9. num. 3.*

Nec refragatur, quòd filius ex- 10
hæredatus obstet nepoti, ne testamentum avi rumpat, *l. 9. §. 2. ff. de liber. & posthum. l. 6. ff. de inofficios. testam.* Ratio enim disparitatis est, quòd exhæredatio patriam potestatem non tollat, hincque filius exhæredatus suus hæres esse non desinit, atque ideò impedit, quò minùs nepos avo agnascatur, & testamentum ipso jure subvertat; contra inofficiosum verò testamentum avi queri potest, si filius aut non vult, aut non potest agere, est enim tunc nepos immeritò præteritus, ac per consequens illatam sibi injuriam vindicare poterit. Minùs adversatur *l. 34. Cod. de inoffic. testam.* ubi asseritur, quòd filiô ante querelam mortuo, *omne adjutorium nepotem dereliquerit*, ergo nullum habebit remedium impugnandi testamentum avitum; Respondeo enim, licet non possit ex patris sui persona, aut jure ab eodem sibi transmissô testamentum impugnare, ut clarè innuunt verba *cit. l.* mox subsequentia, id tamen ex propria persona nepotem hoc casu facere posse.

Alterum dubium est, utrùm in 11
querela inofficiosi testamenti admittendum sit jus accrescendi? Respondeo affirmativè; si itaque plures in ea concurrunt, eorúmque unus vel non velit agere, vel tempore exclusus non possit, alteri

que-

querela accrescet, in casu verb. gr. quô pater duos, quos habuit, filios exhæredavit, si unus omittit querelam, alteri, qui egit, & obtinuit, ejus emolumentum accrescit. *L. 16. & 23. §. ult. ff. de inofficios. testam.*

12 Tertium dubium est, an hæc actio ad hæredes Actoris transeat? Quæstio per subjectum Exemplum dilucidabitur: Titius à Sempronio hæres scriptus hæreditatem adire cunctatur, intereaMæviusSempronij filius exhæredatus moritur, quæritur, anMævij hæresCajus movere hanc querelam contra Sempronij testamentum possit? Respondeo, si Cajus est hæres Extraneus, eam non nisi per petitam bonorum possessionem, vel factam à defuncto voluntatis declarationem præparatam movere potest; *L. 6. ff. de inofficios. testam. L. 2. Cod. eod.* si autem est descendens, tunc etiam à defuncto non præparatam movendi facultatem habebit; *l. 34. & 36. Cod. cit. tit.* debet autem descendens provenire ex corpore testatoris, hinc si facerem testamentum, atque in eo patrem meum vel exhæredarem, vel præterirem, atque Titium hæredem instituerem, mortuo patre filius ejus, meus respectivè frater, ad querelam non admittitur, cùm non descendat ex corpore testatoris. Vide Brunneman. *in dict. L. 34. Cod. de inofficios. testament.*

13 Datur hæc querela 1. adversùs hæredes in testamento inofficioso scriptos, qui hæreditatem adjerunt, *L. 8. §. 10. Cod. de inoffic. testam.* tenentur autem hæreditatem adire, si subsit spes querelæ, præsentes intra sex menses, absentes verò intra annum continuum. *l. 36. §. fin. Cod. de inoffic. testament.* 2. movetur hæc querela contra fideicommissarium Universalem, *l. 1. Cod. eod.* ratio est, cùm succedat in locum hæredis, Brunneman. *in cit. l. 1.* Zœsius *ff. de inoffic. testam. num. 28.* Lautterbach *ff. eod. §. 25.* quin porrigitur 3. adversùs omnes, qui succedunt in locum hæredis, uti est hæres hæredis, & fiscus, quando hæredi successit. *l. 10. Cod. de inoffic. testam.* vid. Brunnem. *ibid.* & Lautterbach *dict. loc.*

Objectum hujus querelæ est testamentum inofficiosum tam scriptum, quàm nuncupativum, *L. 31. Cod. de inoffic. testam.* petitur enim 1. rescissio illius, 2. hæreditatis restitutio. Quô locô enascitur quæstio, utrùm per institutam querelam totum evertatur testamentum? Respondeo, secernendum in hoc passu esse jus antiquum à novo; & veteri quidem jure totum subvertebatur testamentum, adeò ut nihil penitus, nec legata, nec fideicommissa, nec libertates deberentur; *l. 8. §. penult. ff. de inoffic. testam.* impugnabatur enim jure pristino testamentum inofficiosum sub colore dementiæ, tanquam ab illo conditum, qui facultatem testandi non sortiebatur. *L. 17. § 1.* 14

ff. de inofficiof. testam. fuêre tamen aliqui casus, quêis legata debebantur; quos inter primus, si sententia super querela fuit lata contra absentem contumacem, ubi non tam ius querentis, quàm contumacia spernentis officium Judicis considerabatur; *L. 17. §. 1. ff. eod.* 2. si parentibus, liberis, aut Uxori quid fuit relictum, Prætor singulari æquitate motus legatum sustinebat, *tot. tit. ff. de legat. præstand. contr. tabul.* 3. & ultimus casus erat, ex *L. 28. ff. eod.* quô filius testamentum non impugnabat tanquam inofficiosum, sed tanquam ex errore factum. De jure verò Novellarum sola evertitur hæredis institutio, *Novell. 115. cap. 3. & 4.* mutationis jure novo factæ ratio est, quia per solam hæredis institutionem honos & fama liberorum sugillatur, in tantum ergo testamentum evertitur, in quantum iniquitatem redolet; reliqua verò, supremæ Patris voluntati inserta, Capitula nullum filijs afferunt præjudicium, minùs peccant in æquitatem, cùm Pater, etsi filios in testamento instituisset hæredes, legare tamen pro suô potuisset arbitriô.

15 Succedit priori alia quæstio, utrùm tota hæredis per motum querelæ evertatur institutio? Variè hic distinguendum est; etenim si solus sit hæres scriptus Extraneus, tota rescinditur institutio, cùm tota sit iniqua; si autem præter Extraneum alius, cui ex dispositione juris debetur legitima, hæres sit institutus, sola Extranei pars per querelam convellitur, *L. 19. ff. de inofficiof. testam.* altera pars manet illibata: pari modo, quando frater fecit testamentum, & consanguineum præterivit, instituit autem duos alios hæredes, quorum unus est persona turpis, alter autem persona honesta, motâ in hoc casû querela, sola ea pars, quæ turpi personæ obtingit, subvertitur. *L. 24. ff. de inofficiof. testam.* similis quoque casus proditur in *L. 15 §. fin. ff. dict. tit.*

Tertium dubium circa objectum oritur, an illud soli agenti obtingat, vel, ut clariùs dicam, an querela soli agenti, an etiam alijs prosit? Ad uberiorem quæstionis hujus resolutionem placet per distinctos casus eandem explanare. Primus igitur sit casus, quo ille querelam movit, qui jus eam intentandi non habuit, ac per socordiam Judicis, atque ignaviam eorum, ad quos res pertinet, Sententiam pro se sortitus est, per quam totum testamentum evertit; in hac contingentia ei victoria non prodest, quia causa testati ad intestati causam est revoluta, per *text. apert. in L. 6. §. 1. ff. de inoffic. testam.* ibique Brunneman. Struvius *syntagm. jur. civil. exercit. 10. thes. 25.* Glettle *selectar. quæst. part. 5. quæst. 11. num. 5.* si autem talis, qui jus querendi non habet, unum ex scriptis hæredibus sibi elegit, & adversus illum querelam mo-

movit, atque pro parte solùm testamentum convulsit, tunc ei victoria prodest, ratio est, quia testamentum pro parte manet firmum; in terminis Ulpian. *in L. 25. §. 1. ff. eod.* quo in casu, si ex postfacto veniunt illi, qui fortè jus impugnandi habuerunt, repelluntur exceptione rei judicatæ.

17 Alter casus est, quô agit ille, qui jus movendi querelam habet, totúmque testamentum rescindit, & adsunt alij, qui ab intestato defuncto succedunt; Anceps hic est quæstio, utrùm, rescissô testamentô, hi tanquam ab intestato cum illo, qui sententiam obtinuit, in successione concurrant? per adjuncta exempla res evadit clarior: si pater movit querelam, victoriámque reportavit, an fratres utrinque conjuncti admittantur in emolumentum Victoriæ, aut 2. si frater germanus testamentum impugnavit, an fratris filij concurrant cum eo, vel 3. si frater consanguineus expugnavit testamentum, an querela prosit uterino? Quòd & isti in successione concurrant, tuentur plurimi, & fermè communiter. Mynsing. & Schneidevvin. *in §. 1. Instit. de inoffic. testam.* Bacchov. *in Treutl. vol. 1. disput. 13. thes. 4. litt. D.* Rationes eorum sunt 1. quòd causa testati sit devoluta ad causam intestati, in qua cum patre admittuntur fratres Germani, & cum fratre fratris filij. *Novell. 118. cap. 2. & 3. Novell. 127.* Allegant 2. quoque *L. 6. §. 1.* & *L. 16. ff. de inofficios. testament.* in quibus locis admittuntur ad hæreditatem etiam illi, qui querelam non proposuerunt. Adducunt 3. *L. si post mortē 10. ff. de bonor. possess. contr. tabul.* ubi filius institutus, qui jure agere contra tabulas nequit, majorem tamen ab intestato consequitur portionem, si filius emancipatus præteritus agnoscit bonorum possessionem contra tabulas.

Ego contrariam amplexus Sententiam assero, illos, qui jus movendi querelam non habuerunt, rescissô per eam testamento, in successione non admitti cum illo, qui egit; ita mecum sentiunt Vultejus *in §. 1. Institut. de inoffic. testament.* Zœsius *ff. eod. à num. 45.* Struvius *syntagm. Jur. Civil. exercit. 10. thes. 25.* Glettle *cit. loc.* & alij plures. Ratio fundamentalis est, quòd testamentum per querelam solùm in tantum convellatur, in quantum est inofficiosum, *L. 19. ff. de inofficios. testament.* per consequens, cùm tale testamentum respectu illorum, quibus querela non est concessa, non sit inofficiosum, in favorem illorum, ab intestato aliàs succedentium, non evertitur, ne leges, quæ deferunt querelam, non rebus, sed verbis datæ videantur, quia eorum non interest, an per querelam, an verò alio remedio hæreditatem consequantur. 18

Quæ in contrarium allata sunt, 19
me non movent, ut vela vertam;

ad primum enim respondeo, negandô, quòd testamentum absolutè ad causam ab intestato reducatur, sed solùm eatenùs, quatenùs est inofficiosum, convellitur, respectu verò eorum, quibus querela non est indulta, inofficiosum dici, ac per consequens rescindi nequit. Zœsius & Struvius *cit. loc.* Nec resistunt producti ab adversâ parte pro secundo fundamento textus *in l. 6. §. 1.* & *l. 16. ff. de inoffic. testament.* primus enim de illo loquitur, qui jus querelam movendi non habuit, & sententiam per socordiam Judicis obtinuit: Secundus verò text. *in dict. l. 16.* assertioni meæ ex eo capite minimè detrahit, quoniam, si filia ibi egisset, atque obtinuisset, haud dubiè, & ideò quidem admitti debuisset, cum jus querelandi habuerit; mihi verò sermo est de illis, quibus querela non est data. Minus negotium facessit 3. textus *in l. 10. ff. de bonor. possess. contr. tabul.* eo enim casu filius institutus stat in pari gradu, & jure cum filio præterito, adeóque etiam eum ob æqualitatis rationem Prætor tuetur. vide Zœsium *dict. tit. n. 46.* Ex his ergo fundamentaliter fluit, illos, queis à Jure de querela non est prospectum, à successionis concursu esse repellendos, per quod fundamentum omnes textus, qui in contrarium pugnare videntur, explicari possunt.

20 Porrò varia testamenta excipiuntur, quæ querelæ non subjacent: hæc inter primum est testamentum militis; *l. 9. l. 24. Cod. de inofficios. testam.* & *tot. tit. de testam. milit.* excipitur 2. testamentum de peculio castrensi confectum, hoc enim de jure antiquo à querela erat immune, *l. 9. Cod. de inoffic. testam. l. 27. §. 2. ff. eod.* quæ constitutio hodie nullibi est mutata, licèt enim generaliter de jure Novellarum parentes filios, & vicissim filij parentes instituere jubeantur, generalis tamen constitutio posterior anteriori speciali non derogat, nisi expressa fiat ejus mentio, cùm semper generi derogetur per speciem. *l. 28. ff. de L. L. Cap. 33. de R. J. in 6.* Donellus *commentarior. l. 19. cap. 5.* Zœsius *ff. de inofficios. testam. n. 30* Haunold. *de Just. & Jur. tract. 6. cap. 10. controvers. 1. n. 624.* Lauterbach. *ff. de inofficios. testam. §. 28.* Excipitur 2. testamentum pupillare, in quo pater filio impuberi substituit, mater enim in eo præterita vel exhæredata querelam movere nequit, quemadmodum fusiùs deduxi in meis *Quæst. Juridic. de mod. succed. ex suprem. homin. voluntat. direct. art. 8. quæst. 3. n. 9. & seqq.*

Cessat hæc actio, 1. si exhæredatus aliô remediô hæreditatem, vel ejus portionem sibi competentem sortiri queat, est enim querela remedium extraordinarium, *l. 8. §. 15.* & *l. 33. ff. de inoffic. testam. l. final. Cod. de liber. præterit.* quod cessat præsente ordinario. Cessat 2. si exhæredatus dispositionem defuncti expresse, vel tacitè agnovit; 21

l. 10. §. 1. l. 12. l. 23. §. 1. l. final. ff. de inoffic. testam. Expressè, si quis post mortem testatoris cum hærede scripto transegit, vel pactô querelæ renunciavit. *l. 27. ff. de inoffic. testam.* Dixi, *post mortem*, si enim ante mortem testatoris in sui exclusionem consensum præstitit, aut aliquô acceptô renuntiavit, non prohibetur querelam movere, ratio est, quia talia pacta sunt de hæreditate viventis, quæ in jure sunt infirma. *l. 35. §. 2. Cod. de inofficios. testam.* tacitè approbâsse voluntatem defuncti præsumitur, si legatum sibi relictum ab hærede scripto accepit, *l. 10. §. 1.* & *l. 12. ff. eod.* aut res hæreditarias ab hærede scripto conduxit, aut alio demùm modô eum hæredem agnovit. *l. 23. §. 1. ff. eod.* Utrùm autem hæc omnia etiam hodierno tempore ac jure, quô legitima titulô institutionis debetur, locum obtineant, valdè subsisto; illud certum est, quòd, si filius non proprio, sed officij, quod fortè gerit, nomine aliquod legatum petierit, sibi in ordine ad movendam querelam præjudicium non faciat. *allegat. l. 10. §. 1. ff. de inofficios. testam.* Cessat 3. querela, si relictum est aliquid, licet minùs legitimâ, *l. 30. Cod. de inoffic. testam.* competit enim in eo casu aliud remedium, videlicet actio expletoria ad supplementum, quemadmodum dicetur inferius. Pariter cessat hæc actio, si quis ex justa causa sit exhæredatus, eâque ab hærede sit legitimè probata, sicut ostendi *in cit. meo tractat. de mod. succed. ex suprem. hom. volunt. direct. art. 5. quæst. 2. num. 1. & 2.* Eo verò casu, quô quis equidem non ex justa causâ est exclusus, si tamen bonâ mente exhæredatio est facta, pariter querela locum non invenit; *l. 18. ff. de liber. & posthum.* Ex. gr. Titia prodigum habet maritum, ac propterea pertimescit, ne, si bona sua post mortem in administrationem mariti sint delapsura, ea ab eodem dilapidentur; idcirco condit testamentum, in eóque filium exhæredat, & Sempronium extraneum sub hac conditione hæredem scribit, ut, quando filius sui Juris evaserit, ei tota hæreditas restituatur; neque in hoc casu Sempronius deducere potest Trebellianicam, quoniam tempus illud est adjectum in favorem filij exhæredati. Videantur relat à Brunneman. *in dict. l. 18. ff. de liber. & posthum.* ubi alia quoque exempla exstant. Postremò extinguitur hæc querela spatio quinquennij, *l. 34. l. 36. §. 2. Cod. de inoffic. testam.* quod currit à tempore aditæ hæreditatis; eóque elapsô nec per modum actionis, nec per modum exceptionis ampliùs intentari potest. Neque obstat, quòd ea, quæ sunt temporalia ad agendum, sint perpetua ad excipiendum; Limitationem enim patitur hæc Regula in ijs, quæ & per modum exceptionis opponi possunt. Zœsius *ff. de inoffic. testam. num. 35.* Wisenbach. *ff. eod. n. ult.* Lauterbach. *cit. tit. §. 33.*

pupillis tamen & minoribus hoc tempus non currit. Clarissim. D. Widmont. *ff. de inoffic. testam. num. 67.*

ACTIO
Seu Condictio ex Constitutione D. *Pij.*

SUMMARIUM.

1. *Qualis sit hæc actio.*
2. *Quodnam ejus subjectum activum, & passivum.*

1 Tertia Actio est condictio ex constitutione D. Pij, cujus mentio fit in *l. 8. §. 15. ff. de inoffic. testam. l. 2. §. 1. ff. famil. ercisc. l. 22. §. 1. ff. de adopt.* Est actio personalis, Civilis, rei persecutoria, cujus causa remota est injusta impuberis arrogati emancipatio, vel exhæredatio, proxima est obligatio.

2 Datur impuberi arrogato emancipato, vel exhæredato, hoc tamen emancipationem inter & exhæredationem lato discrimine, quòd exhæredato indistinctè, sive justè, sive injustè sit exhæredatus, competat, *§. 3. Institut. de Adoption.* in verb. *si decedens pater eum exhæredaverit:* emancipato verò eo tantùm casu debeatur, quô injustè, & absque causâ legitimâ est emancipatus, *cit. §. 3.* in verb. *vel vivus sine justâ causâ emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere*, per quæ verba apertè Justinianus emancipatum ab exhæredato separat; probatur hæc assertio 2. ex *l. 8. §. 15. ff. de inoffic. testam.* ubi dicitur: *etsi non obtinuerit in querela, quartam ei, quasi æs alienum, concedendam*, unde infertur, eum, qui non obtinuit in querela, justa ex causa fuisse exhæredatum, & tamen eidem quarta bonorum debetur; Ratio autem disparitatis est, quia exhæredatio notam inurit, *Novell. 115. cap. 5.* unde leges impuberem, & ejus ætatem, qui sibi in arrogatione consulere nequiit, ab omni notâ tutam esse voluerunt: emancipatio autem speciem honoris continet. *§. 2. Instit. per quas person.* &c. Hinc si justa emancipandi causa subest, bona quidem allata recipit, quartam verò nullam sortitur, si verò injustè est emancipatus, tunc ne jus succedendi ei quæsitum per emancipationem aufferatur, quarta eidem debetur. vid. Bacchov. *in dict. §. 3. Instit. de adopt.* Dices: Ex hactenus deductis sequitur, filium arrogatum melioris esse conditionis, quàm naturalem, utpote qui justè exhæredatus quartam non habet. ℞. filio naturali sat cautum esse per affectum parentis naturalis, qui sine causa liberos suos nigro calculô notare non præsumitur, in arrogatis verò talis af-

affectus desideratur. Porro probabilius etiam hæredibus datur, si emancipatus vel exhæredatus ante arrogatorem moriatur, quoniam hæc quarta potiùs est æs alienum, quàm hæreditatis portio. Bartolus in *l. 22. ff. de adopt.* Andler. *in* §. *3. Instit. eod.* Schambogen *Instit. eod.* §. *3.* Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 3. thes. 39.* Competit adversùs arrogatoris hæredes, cùm hæc quarta primùm post mortem arrogatoris debeatur, quod liquet ex §. *3. cit. Inst. de adopt.* in verbo *relinquere.* Videatur Bacchovius Mynsing. & communiter DD. ad *alleg.* §. *3.* persequitur quartam bonorum arrogatoris, quæ probabiliter est omnium bonorum, ut deduxi in mea *Disput. Jurid. de mod. acqu. r. domin. per univers. art. 9. quæst. 1. n. 5.* cùm autem hæc actio sit Civilis, erit quoque perpetua. Bona verò impuberis propria petuntur per actionem ex stipulatu, ex interposita cautione ortam, & quidem mox post factam emancipationem.

Consulatur citata mea *Disput. loc. alleg.*

ACTIO

Seu Querela inofficiosæ donationis.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit inofficiosa donatio?*
2. *Describitur querela inofficiosæ donationis, & qualiter à querela inofficiosi testamenti differat?*
3. *Quæ inter querelas has sit convenientia?*
4. *Recensentur hujus requisita.*
5. *Describitur subjectum activum hujus actionis;*
6. *An detur posthumis,*
7. *An & parentibus;*
8. *Qualiter collateralibus.*
9. *Declaratur 2. dum requisitum.*
10. *Annotatur subjectum passivũ.*
11. *Subijcitur objectum.*
12. *Resolvitur dubium.*
13. *Quibus casibus cesset.*
14. *Exponitur dubium,*
15. *Denotatur ultimus casus, quo hæc querela cessat.*

1 QUarta actio est querela inofficiosæ donationis, ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti inducta, sæpenumerò enim dolosæ fieri solent donationes, in ordine ad exclusionem querelæ inofficiosi testamenti, *l. 1. Cod. de inoffic. donat.* Inofficiòsa igitur donatio non est aliud, quàm immoderata liberalitas, per quam liberis & parentibus legitima comminuitur. *dict. l. 1. & l. 2. Cod. eod.* Tuldenus & Perez *ibid. n. 1.*

Describi potest querela inofficio- 2
sæ

ſæ donationis, quòd ſit actio civilis, perſonalis, rei perſecutoria, ſtricti juris, cujus cauſa remota eſt lex ipſa, aut inſtrumentalis ſaltem donatio contra officium parentum facta, proxima eſt obligatio; Differt querela inofficioſæ donationis à querela inofficioſi teſtamenti, 1.mò, quòd illa ſit introducta in ſubſidium, quando hæc deficit, vel non ſufficit, per querelam enim inofficioſi teſtamenti ſola teſtamentaria diſpoſitio rumpitur, donationes verò inter vivos factæ, per quas eſt læſa legitima, non revocantur, ſed per querelam inofficioſæ donationis reduci debent. 2.dò querela inofficioſi teſtamenti non datur niſi in cauſa teſtamenti, & contra hæredem ſcriptum, *L. 8. §. ſi conditioni ff. de inoffic. teſtam.* querela verò inofficioſæ donationis datur etiam ab inteſtato, *L. 3. Cod. de inoffic. donat.* nec unquam contra hæredem ſcriptum, fideicommiſſarium, legatarium, vel mortis cauſa donatarium, ſed ſolùm adversùs donatarium inter vivos competit. 3.iò querela inofficioſæ donationis datur filio etiam hæredi in teſtamento ſcripto, quoniam pater per immodicas donationes poteſt minuere falcidiam & legitimam, querela autem inofficioſi teſtamenti nunquam datur hæredi ſcripto. 4.tò querela inofficioſi teſtamenti, ſaltem ſpectato jure antiquo, ſolum ſubvertit teſtamentum, querela autem inofficioſæ donationis ſolummodò id, quod eſt immodicè donatum, *L. 1. 2. & 7. Cod. de inoffic. donat.* ex fundamentali ratione, quoniam non eſt in totum peccatum, ſed ſolùm, in quantum eſt læſa legitima. *Covarruv. var. reſolut. cap. 19. n. 1.*

Earum verò convenientia eſt, quòd neutra locum habeat, ſi aliud remedium proſtat, quare ſi exceſſiva donatio facta eſt filiofamilias in poteſtate patris exiſtenti, revocatur hæc actione familiæ erciſcundæ, ratio eſt, quia, licet per mortem patris donatio confirmetur, immoderata tamen nunquam corroboratur in præjudicium alterius filij; Sichard. ad *L. 2. Cod. de inoff. donat. n. 10.* Gail. *lib. 2. obſerv. 38.* Lautterbach. *in diſput. de inoffic. donat. theſ. 28.* pari modo, ſi filius minor immodicas profudit donationes, queis parentum eſt læſa legitima, hæreditario nomine parentes habent reſtitutionem in integrum. 3

Porrò ad hoc, ut hæc querela competat, expoſcitur 1.mò, ut actor ſit ex numero liberorum, vel parentum, vel fratrum donatoris. 2.dò, ut ſit donatoris hæres, & 3.iò ut inane hæredis nomen obtineat, id eſt, non habeat portionem à lege ſibi aſſignatam. Ratione primi igitur requiſiti arcetur à querela hac ipſe donator, hic enim nec proprio, nec liberorum parentùmve ſuorum nomine donationem inofficioſam dicere poteſt; non prius, cùm donatori ex proprio patrimo- 4

nio

nio nulla debeatur legitima, hinc donatio respectu ipsius inofficiosa non sit, cùm propriam allegaret turpitudinem, si donationem à se factam contra pietatem esse contenderet: non posteriùs, cùm, vivente donatore, nec liberis, nec parentibus ejus legitima debeatur, *L. 8. §. 6. ff. de inoffic. testam. L. 31. Cod. eod.* cùm præsertim ante mortem non liqueat, utrùm donatio sit inofficiosa, possunt enim ante patrem liberi decedere, aut post factam donationem patrimonium donatoris ita augeri, ut legitima suppleatur. 2.dò excluduntur hæredes donatoris Extranei, qui sanguine eum attingunt, his enim non debetur legitima, ea propter donationem inofficiosam dicere nequeunt. Petr. Heigius *part. 1. quæst. 25. n. 11.* Lautterbach. *in disput. de inoff. donat. thes. 12.* quin tales hæredes ne quidem falcidiam de donationibus inter vivos à defuncto factis detrahere possunt, sed si res donatæ hactenùs non fuerint traditæ, absque beneficio competentiæ eas tradere tenentur. *L. 41. ff. de re judic.*

5 Competit autem hæc querela 1.mò liberis, *L. 87. §. 3. ff. de leg. 2.* & *tot. tit. Cod. de inoff. donat.* quibus ratio naturalis, quasi tacita quædam Lex, parentum hæreditates addicit; *L. 7. ff. de bon. damnat. L. 7. §. fin. ff. unde liber.* ergo si parentes immodicis donationibus sua patrimonia ita exhauriunt, ut liberis non nisi inane hæredis relinquant nomen, haud dubiè injuria ijs irrogatur, quam revocando donationes vindicare possunt; nec refert, sive liberi sint primi, sive secundi gradûs, *L. 87. §. 3. ff. de legat. 2. l. 5. Cod. de inoffic. donat.* masculi aut fœminæ, sui vel emancipati, *argt. l. 7. & l. 8. Cod. dict. tit.* differentia tamen est inter liberos legitimos & naturales simul, vel legitimatos, & inter legitimos tantùm, vel etiam naturales tantùm. Legitimi & naturales simul, quin & legitimati, saltem per subsequens matrimonium, de enormitate donationis queri possunt; *Novell. 89. cap. 8. & 9.* pariterque legitimi tantùm, si sint adoptati ab ascendente, vel arrogati. *l. penult. §. fin. Cod. de adopt. §. 2. Instit. de inoff. testam.* vide latè deducentem Lautterbach in *cit. disput. thes. 14.* excipiendi tamen sunt impuberes arrogati, quibus quarta D. Pij ex dispositione Juris obtingit, quam per actionem Calvisiam, vel certo respectu Faviam persequi possunt. *L. ult. ff. si quid in fraud. patr.* Liberis illegitimis respectu patris hæc querela non conceditur, *auth. licet Cod. de natural. liber.* respectu Matris tamen non denegatur, *l. 29. § 1. ff. de inoffic. testam.* nisi sint nefario coitu progeniti. *Novell. 89. cap. fin.*

Dubium autem hoc locô movetur de liberis posthumis, & dubitandi ratio est, quòd his videatur competere remedium *l. 8. Cod. de revoc. donat.* Ego respondeo, si 6

U pater

pater in filios emancipatos tam enormes contulit donationes, ut post mortem ejus posthumis diminuta appareat legitima, hoc remedium sive querelam eis esse indulgendam, *L. 5. Cod. de inoff. donat.* secùs si pater liberis destitutus largiores in extraneos profudit donationes, tunc enim recurrere possunt ad remedium *dict. l. 8. Cod. de revoc. donat.* ut post Donell. enucleat. *lib. 19. cap. 11. litt. X.* Brunnem. *in dict. l. si totas 5. Cod. de inoffic. donat.* tradit Lautterbach *in allegat. disput. thes. 15.*

7 Porrò, ut liberis respectu parentum concessa est hæc querela, ita parentibus respectu liberorum excessivas donationes facientium. *L. 4. Cod. dict. tit.* ratio est, quoniam & liberi parentibus ex naturali ratione legitimam relinquere adstringuntur. *L. 15. ff. de inoff. testam.*

8 Inter collaterales tantummodò indulta est hæc querela fratribus germanis & consanguineis, casu, quo eorum frater defunctus in personam turpem, vel leviter saltem maculatam, immoderatam effuderit liberalitatem, ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti. Perez *ad tit. Cod. de inoffic. donat. n. 2.* Donellus *libr. 19. cap. 11.* & plures relati à Lautterbach in *dict. disput. thes. 17.*

9 Secundum hujus actionis requisitum est, ut actor sit donatoris hæres, quemadmodum suprà *num. 4.* dictum est, ut nimirùm suus se immiscuerit, Extraneus verò hæreditatem adierit. Hinc, qui abstinuit, vel hæreditatem repudiavit, ab hac actione submovetur, nec enim liberi legitimam petere, à reliqua verò hæreditate abstinere possunt, *L. 1. ff. de acquir. vel omitt. hæred.* 2.dò excluduntur exhæredati, hi enim priùs per querelam inofficiosi testamenti ultimam voluntatem rescindere necesse habent, quô factô si appareat, per excessivas donationes legitimam esse imminutam, tanquam hæredes ab intestato ad hanc querelam possunt recurrere, adeóque illa est hujus præparatoria, hæc verò illa utilior, cùm per hanc, non verò per illam donationes revocentur. Perez *ad cit. tit. Cod. num. 2.* Donellus *dict. loc.* Juxta tertium autem superiùs prænotatum requisitum deposcitur, ut actor nihil, vel saltem non integram acceperit legitimam. *L. 1. L. 3. L. 6. Cod. de inoffic. donat.*

Subjectum passivum hujus querelæ constituunt donatarij, in quos profusa est immoderata donatio, cujuscunque demum sint conditionis, nec refert, an ex liberis donatoris, vel extranei. *L. 1. L. 2. L. 6. & 7. Cod. de inoffic. donat.* quin nec Princeps, nec pia excipitur causa, præfertur namque naturalis erga liberos charitas, & vicissim officiosa liberorum erga parentes veneratio favori piæ causæ, magisque consideratur injuria læsi, quàm qualitas donatarij. Vide, 10

quæ

quæ ſcribit Lautterbach *in dict. diſput. theſ. 22.* fratribus verò germanis & conſanguineis eo ſolo caſu adverſus donatarium conceditur, ſi is infamia, vel levi nota ſit aſperſus, *argt. L. 27. Cod. de inoff. teſtam.* quos inter hodie non ampliùs molitores, textores, balneatores numerantur, *ordinat. Polit. de ann. 1577. tit. 38.*

11 Objectum hujus actionis eſt donatio immoderata, per quam legitima eſt læſa, id eſt, ut aliquid ſit collatum titulo verè lucrativo, non ſimulato, plus enim valere debet, quod agitur, quàm quod ſimulatè concipitur, *L. 1. Cod. plus valer. quod &c.* Heigius *lib. 1. quæſt. 25. n. 39.* & quidem debet eſſe donatio inter vivos celebrata, mortis enim causâ donatio ad hanc querelam non pertinet, cùm alia ſuppetant remedia, queîs legitima eo caſu retineatur. Aliud dubium occurrit, an ad objectum hujus querelæ referri poſſit donatio remuneratoria? ſunt, qui negant, quos inter eſt Carpzov. *part. 2. conſtitut. 12. definit. 35.* at juri & æquitati conformior eſt affirmativa, ſaltem in tantum, in quantum donatio merita excedit. Hilliger in Donell. *lib. 19. cap. 11. litt. C.*

12 Dubitatur, utrùm donatio, quæ ab initio non erat enormis, ex poſt facto tamen legitimæ imminutionem inducit, hac querelâ reſcindi poſſit? ex gr. habuit quis 100. in bonis, ex his 50. donat filio primogenito, reliqua 50. exinde caſu, aut incendiô perimuntur; quo caſu, etſi reliqui liberi nomine legitimæ nihil ſint habituri, revocatio tamen donationis ceſſat, ut docet Sichard. *ad L. 12. Cod. de inoffic. donat.* Donell. *libr. 19. cap. 11.* Heigius *part. 1. quæſt. 25.* Ad hoc autem, ut hæc querela locum ſibi vendicet, ex parte objecti depoſcitur ulterius, ut donatio ſit valida, ratio eſt, quia hæc querela tendit ad reſciſſionem, quæ ſupponit valorem actûs.

Ceſſat hoc remedium 1. mò, ſi actor exiſtat ingratus donatori: 13 quemadmodum enim ingrati in ſervitutem, & patriam poteſtatem reducuntuur, ita ijs quoque querela inofficioſæ donationis denegatur, *L. 5. Cod. hic. Novell. 92. cap. 1.* fruſtra quippe legis implorant auxiliũ, qui in eam peccant. *l. 37. §. ult. ff. de minorib.* vide prolixè probantem Lautterbach. *in diſput. de inoffic. donat. theſ. 31. in fin.* de cauſis verò ingratitudinis videatur Finckelthaus. *in ſuis obſervat. obſ. 99.* 2. dò ſubmovet hanc querelã approbatio donationis à liberis vel parentibus facta; *l. 6. Cod. dict. tit.* quod enim quis agnovit, illud poſtea reprobare non poteſt. *l. 4. Cod. de non numer. pecun. l. 9. ff. de negot. geſt.* expoſcitur tamen ſpecialis inofficioſæ talis donationis approbatio.

Hinc dubitari ſolet, an caſu, quô 14 pater immodicis donationibus patrimonium comminuit, filiumque ſuum teſtamento hæredem deſignavit, iſque hæreditati ſe immiſcuit,

ab hac querela repellatur? Negativam tuetur post Sichardum in *L. 8. Cod. de inoffic. testam. n. 7.* Trentacinq. *lib. 3. resolut. 4. n. 11.* Lautterbach. *ff. de inoff. donat. thes. 32.* ex ratione, quòd hæc querela à lege concessa à testatore aufferri nequeat, cùm donatio inofficiosa sit actus inter vivos, qui facilioris est resolutionis, quàm testamentum, quod est actus unius hominis, idemque firmissimus. Videatur Sichardus *ad dict. l. 8. Cod. de inoff. testam.*

15 Tertiò submovetur querela quinquennali præscriptione, *l. ult. Cod. hic.* cujus temporis cursus mox à morte testatoris incipit, non verò à tempore factæ donationis, utpote quo actio hæc adhuc non est quæsita, agere autem non valenti nulla currit præscriptio, *L. 1. §. 1. Cod. de annal. except.* minoribus verò hoc tempus primùm incipit currere ab excessu minorennitatis. *L. 2. Cod. in quib. caus. restit. in integr. necessar. non est.* 4tò concursu alterius remedij, per quod læsis succurri potest, quô locô non refert, utrùm sit remedium ordinarium, vel extraordinarium. *L. 4. l. 6. Cod. h. t.* quam ob rem si pater metu compulsus, aut etiam ætate lapsus bona sua donaverit, remedium restitutorium liberis conceditur, *dict. LL.* postremò cessat hæc querela in fratre, huic enim duntaxat, si propria eum turpitudo non maculat, adversus personam turpem, juxta communem sententiam (à qua tamen alibi recessi) indulta est hæc querela; si autem & ipse turpibus aspersus est moribus, eos in alijs reprobare nequit. *L. 11. Cod. de inoffic. testam.* Vide Perez. *ad Cod. hic n. 12.*

ACTIO

Seu Querela inofficiosæ dotis.

SUMMARIUM.

1. Definitur hæc actio.
2. Annotatur subjectum activum.
3. Describitur subjectum passivum.

1 QUinta actio, seu, ad instar præcedentium, tertia querela prodita est ad revocandas immoderatas dotes, estque pariter actio civilis, personalis, rei persecutoria, stricti Juris, qua immodica dos, per quam liberorum legitima est læsa, revocatur.

Sub-

2 Subjectum activum hujus actionis constituunt personæ pro vario casu variæ; quos inter casus primus est, quo mulier primo suo marito tantam constituit dotem cum pacto de eâ lucrandâ, ut liberi ex eodem matrimonio nati debitam portionem non sint habituri, absque hoc pacto enim dos à morte matris ad filios hodie est reditura. Altero verò, quo pater filiæ immoderatam assignavit dotem, non hac, sed inofficiosæ donationis querelâ revocatur, ratio est, cùm dos excessiva quoad excessum vim donationis sortiatur. Tertius casus evenit, quô mulier binuba in maritum, aut maritus secundò nubens in uxorem ex proprijs bonis tantam profudit dotem, ut liberis læsio in legitima obtingat, in qua tamen contingentia hodie, postquam introductum est remedium *l. hac Edictali Cod. de secund. nupt.* querela non ampliùs est necessaria, nisi filij ex priori matrimonio exstantes *cit. l.* beneficio expressè renuntiâssent, ideò tamen huic querelæ non censetur esse renuntiatum; docet tamen (quod mihi non adeò displicet) post Castrens. Brunneman. *in l. ult. Cod. de inoffic. dot.* hanc querelam concurrere cum remedio *l. hac Edictali*, & per eam tantum revocari, quantum sufficit ad supplementum legitimæ, reliquum verò excessum per conditionem ex *dict. l. hac Edictali.* quorum sententiam quoque amplectuntur Trentacinq. *lib. 3. tit. de jur. dot. num. 6.* Oldendorp. *de action. class. 4. act. 27.* efficiunt ergo, quemadmodum superiùs fuit assertum, subjectum activum hujus actionis liberi, prioris matrimonij, horúmque hæredes.

Subjectum verò passivum est pater, cui mater in primo matrimonio cum pacto de lucranda dote enormem designavit dotem. at hîc dubium exardescit, utrùm querela inofficiosæ dotis moveri possit adversùs generum, qui accepit dotem, legitimam fratrum uxoris suæ lædentem, ad eam constante matrimonio revocandam; dubitandi ratio est, quoniam videtur gener habere dotem titulô onerosô, & hinc constante matrimoinô revocari non posse. Contrarium defendit Covar. *de matrim. part. 2. cap. 8. §. 6. n. 16.* ex ratione, quòd dos ut inofficiosa onus non contineat, sed meram liberalitatem. Matthæus de Afflict. *decis. 86.* Anton. Perez *ad tit. Cod. de inoffic. dot. n. 5.* Perpetuam huic actioni vitam tribuit Oldendorp. *dict. loc.* reliqui verò DD. sacrosanctum circa hoc servant silentium. 3

ACTIO

Ad supplementum, seu condictio ex l. omni modo. Cod. de inoffic. testament.

SUMMARIUM.

1. *Definitur hac actio.*
2. *Recensentur differentia inter hanc actionem, & querelam inofficiosi testamenti.*

1 HIs actionibus adjici potest condictio ex *l. omni modo Cod. de inoffic. testam.* quæ communiter ad supplementum nuncupari solet, estque actio Civilis, personalis, rei persecutoria, causa ejus remota est diminutio legitimæ portionis à patre facta, proxima est obligatio; datur liberis, quibus in testamento patris relictum est minus legitimâ, & eorũ hæredibus, Salycet. in *cit. l.* Oldendorpius *class. 5. action. 3.* adversùs hæredem institutum, & ejus hæredes, ad supplementum legitimæ. *l. sancimus, Cod. de inoffic. testam.*

2 Differt hæc actio à querela inofficiosi testamenti 1. quòd querela durer per quinque annos, actio ad supplementum perpetuò: 2. querela rescindit testamentum, non actio ad supplementum; 3. actio ad supplementum indistinctè ad hæredes transmittitur, querela non nisi præparata, aut si hæredes sint sui. videantur Doctores in *l. omni modo cit. Cod. de inofficios. testam.*

ACTIO

Quæ dicitur hæreditatis petitio.

SUMMARIUM.

1. *Judicia alia sunt universalia, alia generalia, alia particularia.*
2. *Describitur Petitio hæreditatis.*
3. *Petitio hæreditatis est realis.*
4. *Sensus* L. 7. Cod. de Petit. hæred.
5. *Removetur alia objectio.*
6. *Diluitur ultima oppositio.*
7. *Cui hac Actio detur?*
8. *Quid sit* pro Possessore possidere, & quid pro hærede, *& quotuplici modo.*
9. *Quid Juris de illo, qui dolo malo desiit possidere.*
10. *An liberetur Possessor, si ille, qui dolô malô desiit possidere, litis æstimationem præstitit?*

11. *Sensus* L. 24. §. 26. ff. de Noxal. act.
12. *Qui bonâ fide hæreditatem desijt possidere, nec factus est locupletior, non tenetur hâc Actione.*
13. *Quid requiratur, ut cum efficacia hæc Actio possit moveri?*
14. *Describitur objectum hujus Actionis.*
15. *An eadem sit ratio usurarum, quæ fructuum?*
16. *An malæ fidei Possessor teneatur de casu fortuito?*
17. *Quamdiu hæc Actio duret?*
18. *Quid sit Petitio hæreditatis bonorum possessoria?*
19. *Quid fideicomissaria.*

1 JUdicia, seu Actiones aliæ sunt universales, in quibus petitur universitas bonorum & Jurium, quemadmodum hæreditas, in quâ sunt varia Jura, diversæ species, res corporales, & incorporales, mobiles, & immobiles, & in his præcipuè spectatur Jus actoris, quod in universitate rerum fundatur. Bachov. *in Tract. de Action. disput. 2. thes. 16.* Manz. *in §. Action. Inst. de act. n. 14.* Videantur DD. *ad l. 178. §. 1. ff. de Verb. signif.* Aliæ Actiones appellantur generales, in quibus petitur ratio administrationis gestæ, vel variarum rerum restitutio, & præstatio postulatur, veluti in actione Mandati generalis, Societatis, Tutelæ, & Negotiorum gestorum, quæ eo respectu dicuntur generales, quoniam negotium genus est, in quo singulæ species examinantur: *l. pro socio 38. ff. pro Socio*; quamvis & hæc Judicia subinde universalia dici, & quasi communi nomine confundi soleant: sicut est textus *in l. 1. §. 4. ff. de Dote prælegat.* illam tamen inter ista Judicia, & Petitionem hæreditatis adverto differentiam, quòd in Petitione hæreditatis admittatur etiam sententia indefinita, quæ postea præjudicium omnibus alijs causis facit, & hæres declaratus proprijs Actionibus persequitur. Bachov. *de Action. disput. 2. thes. 16.* in cæteris autem Judicijs, seu Actionibus suo etiam modo universalibus, hæc ratio non procedit, sed sententia certa, saltem regulariter, ferri debet. *l. ult. Cod. quæ sentent. sine certa quantit.* Alia Judicia seu Actiones vocantur singulares, in quibus res singulares, seu individuæ petuntur.

Quibus pro majori declaratione præmissis, ad propositum meum redeundo, potest Petitio hæreditatis definiri, quod sit Actio universalis in rem, bonæ fidei, quæ datur hæredi post mortem Testatoris, aditâque hæreditate, adversus possidentem pro hærede, vel Possessore, ad hoc, ut declaretur hæres, & ei tota hæreditas restituatur. Manz. *dicto loco n. 9.* Struv. *Syntagm. Juris civilis exercit. 10. thes. 41.* per text. *in l. 8. & 9. l. 25. §. 18. ff. de Petit. hæredit. l. 7. Cod. eod.* causa ejus, seu fundamentum remotum est aditio hæreditatis, seu modus acquirendi dominium per universitatem, proxi- 2

xima est Jus hæreditarium Jure Civili directè acquisitum, *argum. l. 19. §. 1. l. 25. §. 18. ff. de Petit. hæredit. l. 12. §. . Cod. eodem.*

3 Exinde, sicut priùs annotatum, infertur, hanc actionem Realem esse, tum quòd illa passim vocetur petitio, quæ solam actionem Realem denotat. *l. 178. §. 2. ff. de V. S.* tum etiam, quòd in genere vindicatio appelletur, *l. 8. & l. 25. §. 18. ff. de Petit. hæred.* quo ultimô locô apertè dicitur, petitionem hæreditatis esse in rem Actionem. Vult. *in §. Actionum Inst. de Action. n. 63.* etiamsi enim Schneidevv. Manz. Lauterbach, *ad Pandect. in tit de Petit. hæredit. thes. 6.* & alij plurimi, per *l. 7. Cod. de Petit. hæredit.* propugnent, hanc Actionem esse mixtam, partim nimirum Realem, & partim Personalem, præcipua ratione moti, quòd persequatur præstationes personales, per *cit. l. 28. §. 18. ff. dictô locô.* Mihi tamen illatio illa vitiosa videtur. Ratio est partim, quia tales præstationes sunt tantùm accidentia hæreditatis, cùm non necessariò ei insint, accidens autem non mutat substantiam. Wisenbach. *ad Pandectas disput. 17. n. 16.* partim cùm hæc Actio similes præstationes personales non persequatur ex obligatione personali, sed Jure reali, utpote causâ magis præponderatâ; totum enim fundamentum, ex quo hæc Actio enascitur, Jus hæreditarium, seu dominium est, quo hæres affirmat hæreditatem suam esse. videatur Clarissimus Dominus Rath *in Tract. de Action. n. 68.*

Nec obstat primò in contrarium 4 allegatus textus, *in l. hæreditatis 7. Cod. de Petit. hæred.* ille enim ideò tantùm eam vocat Mixtam, quoniam propter præstationes personales similitudinem quandam obtinet, acsi mixturam in se haberet, quæ tamen mixtura, in hoc sensu accepta, à me *in præliminar. observ.* per rationes inibi allatas confutata, & rejecta est.

Nec obstat secundò, quòd Peti- 5 tio hæreditatis sit bonæ fidei, *§. Action. 28. Inst. de Action.* quæ qualitas solummodo Actionbus in personam, seu illis, quæ ex mutuo consensu promanant, & mixtis propria est, neutiquam autem actionibus Realibus accommodari potest. Respondeo, hoc partim inde contingere, quòd hæc Actio præstationes personales non secùs, ac aliæ Actiones bonæ fidei, diversò tamen modo, persequatur, & ideo ad Negotiorum gestorum actionis naturam proximè accedat, quâ singulari, & à cæteris Realibus actionibus exorbitante ratione permotus Justinianus eam inter Actiones bonæ fidei collocavit *dicto §. 28. l. ult. Cod. de Petit. hæredit.* videatur post Vinnium *dicto §. n. 8.* Vulteius *eodem n. 64.*

Nec obstat tertiò, quòd Petitio 6 hæreditatis non porrigatur adversùs quemvis possessorem, sed illum solùm, qui pro hærede, vel possessore rem possidet, vel tenet, *l. regulari-*

lariter 9. & seqq. duabus ff. de Pet. hæredit. dictâ *l. hæreditatis 7. Cod. eodem*, ac per consequens non obtineat naturam actionum Realium, quæ rem, & quemcúnque possessorem sequitur. Specialis quippe in Petitione hæreditatis militat ratio; quoniam hæres solùm probat, se esse hæredem, & rem in hæreditate fuisse, consequenter non se fundat in dominio, sed potius jure hæreditario, quod sæpè debilius est illo, quod quis in re titulô justô possessâ habet. A tali igitur possessore, rem titulo obtinente, singulari in rem Actione res repetenda est, consulatur Paul. Castrensis *in dicta l. regulariter, & sequent. ff. de Petit. hæred.*

7 Ex his itaque prænotatis liquet, quibus hæc Actio competat, videlicet hæredibus, qui jus hæreditarium directè, sive ex testamento, sive ab intestato consecuti sunt, *l. hæreditas 1. ff. de Petit. hæred.* Nec refert, an sint primi, vel secundi hæredes, *l. veluti 3. ff. eodem. l. qui per 194. ff. de Regulis Juris.* Oldendorp. *Class. 5. art. 5. n. 4.* minùs interest, an sit hæres ex parte solùm, an ex asse; ratio est ex se manifesta, qui enim movet petitionem hæreditatis, non metitur jus ex possessione rei conventi, sed ex universitate bonorum, petitque, declarari se Dominum universitatis. Zoesius *ff. de petit. hæred. n. 5.* non verò indulta est ei, cui quarta, seu alia quota bonorum est relicta, siquidem eam jure singulari, & quidem absque onere recipit. *l. 9. ff. de legat. 2. l. 39. §. 1. ff. de V. S.* Nullum porrò est interijciendum discrimen hæredem privatum inter & fiscum, cui bona vacantia occupanti hæc actio quoque accommodatur, *l. 20. §. 7. ff. de petit. hæred. l. 1. Cod. eod.* quin porrigunt etiam hanc actionem ad illos, qui non ex constitutione legis communis scriptæ, sed ex statuto vel consuetudine legitimè introducta hæredes existunt, quales sunt liberi, quibus propter unionem prolis hæreditas defertur. Schneidew. *in §. 2. Instit. de action. tit. de petit. hæred. n. 16.* imò utilis hæreditatis Petitio conceditur etiam Emptori hæreditatis, ut res hæreditarias consequatur. *l. ei qui 54. ff. de Pet. hæred.* Lauterbach. *eodem. thes. 8.* De eo est dubium, qui post aditam hæreditatem quidem hæreditatis possessionem acquisiverat, eam tamen rursus amisit, an ipsi detur Petitio hæreditatis ad eam denuò consequendam? Mihi videtur congrua distinctio Bachov. quem sequitur Struvius *Exerc. 9. thes. 46.* quando nimirùm novus possessor hæreditatem possidet pro hærede, vel possessore, tunc hæc Actio pro assequendâ hæreditate competit, si verò novus possessor eam teneat aliquo singulari, & à jure approbatô titulô, cessat hæc Actio, & locò illius rei vindicatio competit.

Porrò Petitio hæreditatis tantummodò adversus illum porrigitur, qui hæreditatem vel *pro possessore, vel pro hærede* possidet, *l. regu-* 8

gulariter 9. ff. de Pet. hæred. ubi tamen pro clariore expositione adverte, quòd, quemadmodum *pro hærede possidere* duplici modo dicitur, primò enim pro hærede possidet verus hæres, qui ex causâ testamenti, vel ab intestato, titulô videlicet universali, rem hæreditariam seu in hæreditate inventam, quæ à parte rei aliena est, possidet, quò collimant integri *tit. ff. & Cod. pro hærede. seu de usucap. pro hæred.* secundò dicitur pro hærede possidere, qui quidem non est verus hæres, putat tamen, sive ex causa testamenti, sive ab intestato, se esse hæredem, vel etiam sciens aliquam hæreditatem præoccupavit: nec enim refert, an in bonâ, vel malâ fide sit constitutus; *l. pro hæred. 11. ff. de Petit. hæredit.* ita etiam possidere *pro possessore* varias obtinet significationes: primò enim dicitur possidere pro possessore, qui agnovit bonorum possessionem, & de Jure Prætorio hæres est, *toto tit. ff. pro hærede, vel possessore.* & talis æquiparatur vero hæredi de Jure Civili, contra quem, sicut nec contra verum hæredem, Petitio hæreditatis non competit: Bronchorst, *miscell. cent. 1. assert. 37.* Secundò dicitur *pro possessore possidere* omnis malæ fidei possessor, tametsi titulum habeat *l. non solùm 33. §. 1. ff. de usucap. & usurp.* Tertiò denique, & ad hanc materiam deservienti modo, dicitur *pro possessore possidere* ille, qui nec se hæredem esse contendit, nec alium titulum suæ possessionis allegare potest, sed interrogatus, cur possideat, vertit interrogationem in responsionem, dicendo, quia possideo: aut quidem titulum prætendit, sed de Jure omninò invalidum, & nullum, *l. Titiam filiam 13. §. 1. ff. de Pet. hæred.* & in hâc ultima acceptione usurpatur circa Petitionem hæreditatis, Struv. *Synt. Jur. civil. exerc. 10. thes. 4.* consequenter datur Petitio hæreditatis contra possidentem *pro hærede*, qui se putat esse hæredem, sive malâ, sive bonâ fide. Secundò contra possidentem *pro possessore*, qui nullum, seu invalidum titulum suæ possessionis edere potest.

9 Quibus & ille comparatur, atque hâc Petitione hæreditatis pulsandus venit, qui dolô malô desijt possidere, *dictâ l. 13. §. 14. l. 25. §. 8. ff. eod. l. 157. ff. de Reg. jur. & ibi* Wisenbach. quapropter in simili casu duo incipiunt obligari, tam ille videlicet, qui dolo malo desijt possidere, quàm ille, qui verè hæreditatem possidet, *l. sed etsi 25. §. hoc perinde 8. ff. dictô titulô.* in eo autem adhuc dubium continuatur, an ab utroque exigi possit? vel unô solvente alter liberetur? Ego brevi distinctione rem compono, vel enim actum est cum possessore, & ille rem restituit, vel loco rei litis æstimationem præstitit, & in hoc casu simpliciter liberatur ille, qui dolô malô desijt possidere; sin autem priùs cum illo actũ, qui dolô malô desijt possidere, & ab illo litis æstimatio refusa fuit, nihilominus tamen adhuc obligatur pos-

sessor rem possessam restituere, aut loco illius æstimationem litis, sicut apertè desumitur ex *l. nec ullam 13. §. item si 14. ff. eodem, & l. Stichum 95. §. dolo 9. ff. de solut.* consulatur post Wisenbach. *de Reg. jur. in l. 131.* Donell. *commentar. libr. 19. cap. 12.* Struvius, *Syntag. Juris Civilis exercit. 20. thes. 48.*

10 Rationem disparitatis ex eo desumunt, quòd possessor rem, vel loco ejus litis æstimationem præstando, adimat petitori omnem Actionem, quam hujus prætensionis nomine habuit, utpote quæ unicè ad rem restituendam tendebat, quam si consecutus est petitor, nihil ampliùs ipsius interest, ergo omnis desinit Actio, eo quòd actio non ex persona possessoris, sed ex jure petitoris æstimanda sit, *l. post Actionem 1. §. 1. ff. si pars hæred. pet.* Econtrariò, si ille, qui dolô malô desijt possidere, æstimationem litis præstat, haud liberat possessorem, siquidem hic suo nomine condemnatus, doli sui pœnam sustinet, & Actionem, quæ ad rem restituendam destinata est, tollere non potest, in terminis Donell. *dictô locô.* Cui tamen assertioni obstare videtur primò regula exstans *in l. bona fides 57. ff. de Reg. jur.* quâ prohibetur idem bis exigi. At nihil hoc super passu dictis meis adversatur, cùm hoc loco æstimatio litis ab illo, qui dolô malô desijt possidere, non loco rei possessæ, sed propter dolum commissum exigatur, adeòque non idem bis ex eadem causâ postuletur, uti consideranti apertè liquet.

11 Minùs urget instantia *in l. 24. & 26. ff. de Noxal. action.* quâ Dominus Servum, qui nocuerat, dolô malô desinens possidere, tenetur noxali Actione simul cum novo possessore, uno tamen electo, alter liberatur. Quoniam actio Noxalis in similibus casibus non est ad exemplum trahenda, nec ab illâ ad alias Actiones argumentum procedit, quia Prætor hanc Actionem præter ejus naturam ad illum porrexit, qui dolô malô desijt possidere, quæ aliàs semper caput sequitur, adeóque eam ità temperat, ut velit unius electione alterum liberari, veluti verba *cit. l.* legenti demonstrant.

12 Econtrario mihi persuasum est, illum, qui bonâ fide desijt rem possidere, atque exinde non est factus locupletior, haud teneri petitione hæreditatis; e. g. bona fide quis donavit, nec inde remunerationem recepit, aut hæredem se esse arbitratus, hæreditatem fideiçommissario restituit, aut alio modo abusus est. Lauterbach *ad tit. ff. de Petit. hæred. thes. 9.* Ultimò circa subjectum passivum hujus Actionis dubium venit enodandum, utrum illa adversùs eum competat, qui hæreditatem emit; ubi tamen insistendo fundamentis juris negativa per se, & ex deductis patet, per *l. 2. & 7. Cod. de Petit hæred.* Ratio est, quia emptor hæreditatis hæredi jus hæreditarium non negat, sed rem hæreditariam esse contradicit, sicut te-

tenet post Brunneman. *in dictâ l. 7.* Lauterb. *ad ff. de pet. hæred. thes. 12.* quodsi autem aliquis scienter alienam hæreditatem emisset, aut eam post litem motam, adeóque malâ fide comparâsset, utili Petitione hæreditatis pulsandus veniret, *l. 13. §. 8. & 9. ff. de Pet. hæred.* Bronchorst. *miscel. cent. 1. assert. 37.* Lauterb. *ff. eodem thes. 13.* Struvius *Syntag. Juris Civilis exercit. 10. thes. 50.* propterea si debitor hæreditarius solutionem recusat, eo quòd hæres esse velit, poterit conveniri Petitione hæreditatis, tanquam quasi possessor illius debiti, *dictâ l. nec ullum 13. §. item à debitore ult. ff. de Petit. hæred.* secus si ex alia causa recusat, *l. si debitor 42. ff. eodem.*

13 Ex quibus ergo deducitur, ad hoc ut Petitio hæreditatis cum efficacia adversùs aliquem moveri possit, requiri primò, ut verè, vel saltem fictè possideat. Secundò ut possessio sit qualificata, id est, ut *pro hærede, vel possessore* possideat, per jura superiùs allata, quod idem exaudiendum est de successoribus, si enim sunt universales, & rem hæreditariam possident vel *pro hærede*, vel *pro possessore*, eodem modô hac Actione pulsantur, secus si sint singulares, & titulô quodam à jure approbato rem detineant: eapropter, ut scire possit actor, quô titulô res possideatur, singulariter in hôc judicio receptum est, ùt possessor teneatur edere titulum suæ possessionis, *l. 11. Cod. hoc tit. & ibid.* Sichard.

Objectum hujus Actionis, seu res, quas persequitur, est ipsa hæreditas seu universitas rerum, massa bonorum â defunctô relicta, quam petitor vindicat. *l. veluti 3. & l. 10. §. 1. ff. de Petit. hæred.* quinimo licet res particularis seu minima sit, *l. 10. ff. de Petit. hæred.* inter quas res non modò, quæ in Dominio defuncti, sed etiam reliquæ, ut depositæ, commodatæ, &c. quæ tempore mortis apud defunctum fuêre, recensentur. *l. & non 19. ff. eodem*, de quarum enumeratione videatur Lauterbach *dictô locô thes. 15.* Circa feuda non levis momenti est disputatio, an illa petitione hæreditatis quis petere queat? De feudo merè hæreditario vix dubium moveri posse puto; conferatur Treutler. *vol. 1. disput. 14. thes. 18. litt. C. ibique* Hunnius. Mynsing. *Cent. 3. obser. 67.* Zoesius *ff. de petit. hæred. num. 32.* Ego indistinctè teneo, omne feudum, sive illud sit proprium ex pactô & providentiâ, sive improprium, venire in petitionem hæreditatis; Suffragantur mihi Bachovius *in Treutler. vol. 1. disput. 14. thes. 18. litt. C.* Haun. *de Justit. & Jur. tom. 3. tract. 9. cap. 5. controvers. 155. num. 948.* Schneidevv. *in §. 2. Inst. de Action. in Rubr. de petit. hæred. n. 54.* quam sententiam probabiliorem existimo, sive deinde à filio, sive ab agnato moveatur hæreditatis petitio. Rosenthall *de feud. cap. 7. conclus. 12. n. 4.* corroboratur hæc opinio partim ex eo, quòd, licet feudum 14

dum

dum non veniat in censum rerum hæreditariarum, hoc tamen non impediat, quò minùs petitione hæreditatis peti possit, siquidem nec res commodatæ, depositæ, in precarium datæ, in hæreditate tempore mortis inventæ, inter res hæreditarias numerantur, & tamen hæreditatis petitione petuntur; *L. 9. ff. de petit. hæredit.* partim, quòd successor feudalis in jure feudali nuncupetur hæres, *feud. 1. tit. 1. §. 2. feud. 1. tit. 13. feud. 2. tit. 18. & tit. 26. in fin. ac tit. 34.* partim denique, quòd, quamvis in certâ familiâ bonorum alienatio prohibeatur, mortuo tamen possessore successori concessa sit hæreditatis petitio adversùs tertium possessorem ad urgendam bonorum restitutionem, ergo ex paritate rationis pro feudo quoque restituendo petitione hæreditatis experiri poterit. Accuratum tamen semper interponendum est discrimen, an nimirùm bonæ vel malæ fidei possessor petitione hæreditatis conveniatur; ille enim tenetur tantùm de rebus & fructibus exstantibus, & qui ab illo tempore motæ Petitionis possidentur, de reliquis autem in tantum obligatur, in quantum locupletiòr factus reperitur, *L. idem est 25. §. 11. & L. 28. ff. de Petit. hæredit. L. 1. Cod. eodem.* & quidem ex ea fundamentali ratione, quia res hæreditariæ in hoc universali judicio functionem recipiunt, per *L. Titia 13. §. 5.* & *L. 16. §. 5. L. 2. §. 17. ff. de Petit. hæredit.* quod in alijs singularibus judicijs nunquam procedit. At hîc dubium exsurgit, quod tempus sit considerandum, ut possessor bonæ fidei locupletior factus dici queat, an litis contestatæ, an rei judicatæ? Probabiliùs spectandum erit tempus litis contestatæ, ita, ut si exinde lapsus sit facultatibus, omne emolumentum restituere teneatur; probatur hæc assertio ex *L. 25. §. 7. ff. de petit. hæredit.* ubi Ulpianus ait, *post litem contestatam omnes incipiunt esse malæ fidei possessores, omniúmque par efficitur conditio*; probatur 2. ex *L. 40. ff. eod.* ubi Paulus asserit, *petitori omnia reddenda esse post litem contestatam, quæ habiturus erat, si tempore litis contestatæ hæreditas ei fuisset reddita*; quò collimant tradita Brunnemanni *in dict. l. 25.* & Hartmanni Pistorij *Lib. 4. quæst. 27. n. 5.* Nec obstat *l. 36. §. 4. ff. eod.* ubi Paulus ait: *spectandum esse tempus rei judicatæ.* ℞. enim, Paulum in *cit. l. 40.* loqui de tempore litis contestatæ, tanquam termino *à quo*, in *L. 36. §. 4.* verò de tempore rei judicatæ, tanquam termino *ad quem.* Clariss. D. Franz. *Instit. lib. 4. tit. 6. Rubr. de petit. hæredit. sect. 2. §. 7. n. 50.* Neque ijs, quæ de fructibus à bonæ fidei possessore restituendis dicta sunt, refragatur textus *in L. & non 19. §. 2* & *L. 37. L. 54. § fin. ff. eodem*, ex quibus erui posse videtur, semper, & indistinctè omnes fructus, ac res hæ-

hæreditarias à possessore consumptas restitui, & compensari debere. Quoniam illi textus intelligendi sunt de malæ fidei possessore, aut vero, aut præsumpto, qui videlicet post litis contestationem fructus percepit, Struvius *Syntag. Juris Civilis exercit. 10. thes. 59.* unde ex prioribus elucescit, quòd, si bonæ fidei possessor, qui nimirum putavit se ex asse esse hæredem, dimidiam partem hæreditatis sine dolo consumpserit, & postea appareat, illum tantummodo ex semisse hæredem esse, haud totum residuum cohæredibus, sed partem ejus dimidiam restituere teneatur per apertam decisionem sæpè allegatæ *L. 25. §. 15. ff. de Petit. hæredit.* èconatrario malæ fidei hæreditatis possessor non tantùm omnes res hæreditarias, quas possidet, aut quidquid exinde lucratus est, *l. 28. ff. hoc tit.* sed etiam, quas quôcunque modô possidere desijt, & acquirere potuit, restituere debet, *l. item venient 20. §. 6. & l. 25. §. 2. 7. & 8. ff. eodem.* & quidem cum omnibus accessionibus, & fructibus, non modò, quos percepit, sed quos percipere potuisset, si qui enim ex ipsius socordiâ & negligentia omissi sunt, eos compensare tenetur. *L. 25. § 14. L. 27. ff. dictô tit. l. 1. Cod. eodem* videatur Donell. *dicto lib. 19. cap. 12.*

15 De usuris hoc loco paulò aliter discurrendū venit, illæ enim ex pecunijs hæreditarijs perceptæ etiam à bonæ fidei possessore præstandæ sunt, quoniam perfunguntur vice fructuum: text. *in l. Julianus 30. ff. dictô tit.* quòdsi autem pecuniam hæreditariam non movit, aut non attigit, non tenetur, quia in eo casu nec malæ fidei possessor de usuris præstandis tenetur, dictâ *L. 20. §. 12. & §. 14. ff. eodem.* Struv. *Syntag. Juris civilis exercit. 10. thes. 58.* Dices: malæ fidei possessor tenetur de fructibus percipiendis, utpote vicem fructuum subeuntibus, per dictam *L. 30. ff. de Usuris, & fruct. &c.* Respondeo, aliam esse rationē fructuum, aliam usurarum, quoniam agrum, vel alia latifundia colere tenetur tanquam bonus Paterfamilias, at enimverò non ità obligatus est elocare pecuniam fœnori, cùm, sicut non quivis industrius Paterfamilias hoc facit, ita non semper conveniens elocandi occasio occurrit. Ambigitur autem, an saltem bonæ fidei possessor, petitione hæreditatis conventus usuras fructuum perceptorum & venditorum, aut, ut clariùs asseram, usuras illarum pecuniarum, quas ex distractione fructuum redemit, restituere teneatur? ℞. de fructibus distractis & consumptis ante litem contestatam teneri, quia hæreditatem augent, secùs est de illis, quos post litem contestatam percepit, post judicium enim acceptum veniunt fructus jure accessionis, & officio Judicis æstimandi, ergo de usuris non tenetur posses-

sor

ſor bonæ fidei, cum non detur acceſſio acceſſionis. *L. 51. §. 1. ff. de petit. hæred.* & *ibid.* Gloſſ. Struvius *ſyntagm. Jur. Civil. exercit. 10. theſ. 58.* Coccejus *in jur. controvers. ff. de petit. hæredit. quæſt. 16.*

16 Dubium autem eſt, an malæ fidei poſſeſſor, qui in re hæreditariâ dolum, & culpam præſtare tenetur per *l. 25. §. 2. ff. dicto loco.* etiam de caſu fortuito obligetur? quo in paſſu diſtinguit poſt Lautterbach *dictô locô theſ. 18.* Struv. *Syntag. Juris civilis, exercit. 10. theſ. 60.* inter qualificatum malæ fidei poſſeſſorem, furem nempe, vel invaſorem, & ſimplicem, qui præter ſcientiam rei alienæ nullum habet admixtum vitium. quod attinet ad primum, indiſcriminatim admittunt, eum præſtare debere caſum fortuitum, cum ſemper in morâ ſit *L. 20. ff. de condict. furt. L. 1. §. 43. & l. 35. ff. de Ui, & vi armat.* à poſteriori autem ante litis conteſtationem interitum rei nequaquam præſtari debere. *L. 62. ff. de Rei vindi.* dicta *L. 25. §. 2. ff. de Petit. hæred.* Mihi tamen cum Donello *Comment. lib. 19. cap. 14.* præplacet Sententia, quæ tenet, malæ fidei poſſeſſorem indiſtinctè præſtare debere caſum fortuitum, ſive præter malam fidem aliquod ſingulare vitium, veluti furtum, rapinam, ſeu violentam invaſionem annexam habeat, vel non, ex ratione, quæ *in L. 20. §. ult. ff. de Petit. hæred.* aſſignatur, ubi hæc verba leguntur: *quia ſi petitor rem conſecutus eſſet, diſtraxiſſet, & verum pretium rei non perderet.* & *L. item ſi verberatum §. ult. ff. de Rei vindic.* ubi dicitur, *moram paſſo pretium rei perempta praſtari debere, nam ſi reſtituiſſet, diſtraxiſſet, & pretium lucratus eſſet.* Mihi enim certum eſſe videtur, illum, qui rem alienam ſcienter detinet, quam nec ab initio attingere debuerat, vel maximè moram facere, quidquid autem damni poſt moram rei contigerit, id moram paſſo debet reſarciri, cùm illa obligationem perpetuet: *L. qui Servum 91. §. 3. ff. de V. O.* tametſi non diffiteat, eſſe quasdam cauſas, quæ malæ fidei poſſeſſorem à præſtatione casûs fortuiti excuſent, quas enumerat, & deducit Donell. *dictô locô*, illarum tamen præcipua eſt, quandò nimirùm res æquè apud petitorem, ac ipſum poſſeſſorem, quamvis reſtituta foret, perijſſet. *L. ſi plures §. 1. in fine ff. Depoſiti.*

Ultimò circà Petitionem hæreditatis inquirendum reſtat, quamdiu hæc actio duret? Ad quod reſpondeo, eam eſſe perpetuam, per textum apertum *in dictâ L. 7. Cod. de Petit. hæredit.* ratio eſt partim, cùm ſit Civilis, & rei perſecutoria, textus *in principio Inſt. de Perpetuis & temporalibus act.* partim autem, quia non datur contra verò titulo poſſidentem, ob eamque rationem reliquæ Actiones reales per conſequentiam in- 17

ter-

terdum præſcribuntur decenniô, vel vicenniô, per ea, quæ tradit Brunnem. *in dict. l. 7. Cod. de Petit. hæred.* Ex hac deductione, & expoſitione hujus Petitionis hæreditatis facilè conſtat, quid in ea probare debeat actor, nimirum illum, cujus hæreditas petitur, mortuum eſſe, viventis enim non eſt hæreditas; ſecundò, ſe hæredem eſſe, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato. Lautterbach. *dictô titulô thel. 25.*

Secunda ſpecies Petitionis hære-
18 ditatis eſt Actio, ſeu Petitio hæreditatis Prætoria, quæ vocatur poſſeſſoria hæreditatis petitio, cujus cauſa remota eſt agnitio bonorum Poſſeſſionis, quæ Jure Prætorio eſt quaſi aditio hæreditatis, proxima itidem jus ex bonorum poſſeſſione acquiſitum, ſeu hæreditarium; hæc igitur datur bonorum poſſeſſori, adverſus illum, qui res hæreditarias, *vel pro poſſeſſore, vel pro hærede* poſſidet, nec enim effectu differt à Petitione hæreditatis civili, *L. ordinar. 1. & l. 2. ff. hic* Lautterbach. *hic &* Struv. *eodem.*

Tertia ſpecies eſt Fideicommiſ-
ſaria hæreditatis Petitio, ſeu pe- 19
titio hæreditatis indirecta, & obliqua, cujus fundamentum, ſeu cauſa remota eſt reſtitutio hæreditatis à Fiduciario hærede, verbis ſolùm, nondum re ipsâ facta, Proxima eſt Jus hæreditarium indirectum, ſeu fideicommiſſarium. *l. 37. & l. 63. ff. de Petit. hæredit.* hæc Actio pariter civilis eſt, datúrque fidei commiſſario, cui verbaliter eſt reſtituta hæreditas, adverſus illos, qui rem hæreditariam, *vel pro hærede*, vel *pro poſſeſſore* poſſident, *L. qua Actio 2. ff. de fideicommiſſ. hæredit. Petit.* non autem adverſus ipſum hæredem Fiduciarium, *l. 3. §. 1. ff. eodem.* ſed pro diverſitate contingentiæ, vel imploratio officij Judicis, vel actio perſonalis ex teſtamento. Cæterùm hæc Actio eandem obtinet naturam, quam habet actio Civilis directa, ſeu Petitio hæreditatis antea expoſita. *dicta l. 2. ff. eodem.*

ACTIO

Specialis in rem, seu Rei vindicatio.

SUMMARIUM.

1. *Omnes reales Actiones vocantur vindicationes.*
2. *Quid sit Rei vindicatio, & cui detur?*
3. *An res pecuniâ alienâ empta fiat illius, cujus erat pecunia?*
4. *An illi, qui post litis contestationem dominium est consecutus, hæc Actio detur?*
5. *Queis detur utilis Rei vindicatio?*
6. *Adversus quem competat?*
7. *An possessor liti se offerendo præjudicare possit vero possessori?*
8. *An hac Actione ille possit conveniri, qui dolô malô desijt possidere?*
9. *Quid juris, quando cum utili hâc Actione concurrit actio* ex Edicto Prætor. de Alienatione Judic. mut. causâ?
10. *An etiam ille possit conveniri, qui culpâ desijt possidere?*
11. *An porrigatur adversùs hæredes rei?*
12. *Ad quid detur hæc Actio?*
13. *Quid circa restitutionem fructuum, ubi inter bonæ & malæ fidei possessorem distinguitur.*
14. *Quæ expensæ deduci possint?*
15. *Quid circa expensas voluptuarias?*
16. *An malæ fidei possessor necessarias deducere possit?*
17. *Utiles & voluptuarias malæ fidei Possessor deducere nequit.*

1 OMnes equidem actiones Reales in genere suo vindicationes appellantur, *§. 15. Instit. de Action.* in specie tamen singulare nomen à potiori assumpserunt, quemadmodum in decursu liquebit.

2 Præcipua inter has Actiones, & in hac Pandect. parte octava, est specialis in rem Actio, seu Rei vindicatio, quæ describi potest, quòd sit Actio realis arbitraria, qua rei singularis, & corporalis Dominus contra illius rei possessorem agit, petitque, se declarari Dominum, & rem cum omni causa sibi restitui; Causa ejus remota est modus acquirendi Dominij, sive de jure Gentium, sive de jure Civili, *L. in rem 23. ff. de rei vind.* proxima est ipsum Dominium. *§. namque 4. Inst. de Action.* Lautterbach. *ad ff. de rei vind. thes. 4.* hæc igitur directa Actio datur tantummodò Domino, *dicta L. 23. ff. de rei vind.* atque, quando duobus eadem res vendita, donata, aut promissa est, ille in hac actione præfertur, cui primò res tradita, & dominium ejus translatum est, *L. quo-*

quoties 15. Cod. de Rei vind. nisi Ecclesiæ, seu alij pio loco res donata, vel vendita; quamvis enim hoc casu adhuc tradita non sit, tamen ex singulari privilegio dominium transfertur, sicut volunt DD. *in l. ult. Cod. de Sacrosanctis Eccles.* Bruneman. *in l. 23. Cod. eodem.* Molina *disput. 369.* Tiraquel. *de privil. piar. causar. causa 107.* quæ assertio probabiliter procedit eo etiam in casu, quo venditor primo emptori nominatim promisit, quòd rem nolit alij vendere. Covarruvias *ad Cap. quamvis de pact. in 6. part. 2. cap. 2.* Fachinæus *lib. 12. controvers. 28.* Bacchovius *in tract. de action. disput. 4. thes. 19.* Zœsius *ff. de rei vindicat. n. 8.* vide tamen, quæ scripsi in mea *semicentur. select. quæst. ex prim. Pandect. part. quæst. 19.*

3 Dubium oritur primò, an detur illi, cujus pecuniâ res aliqua, sive mobilis, sive immobilis empta, & tradita est? Respondeo, quòd non, ratio est, quia res empta non fit illius, cujus pecuniâ talis res comparata est. *L. 6. Cod. de Rei vind. l. 8. Cod. si quis alteri vel sibi.* Sunt tamen aliqui casus, in quibus Rei vindicatio saltem utilis quæritur ei, cujus pecunia res empta est, quemadmodum Pupillo, si ejus pecuniâ prædia sint empta, competit Rei vindicatio, *L. 2. ff. quando ex facto Tut. vel Curat.* Secundo Militi, cujus pecuniâ res aliqua est comparata, *L. 8. Cod. de jure reipub.* Tertiò uxori, pro re suâ pecuniâ empta, quam marito donavit, *L. 55. ff. de Donat. inter vir. & uxor.* quando enim Mulier donationem, seu pecuniam donatam revocare vult, & maritus non est solvendo, tunc si res donatâ pecuniâ empta apud maritum exstat, utilis conceditur Rei vindicatio.

Dubium est secundò, an concedatur illi, qui post litis contestationem sibi dominium, quod ante litis contestationem non habebat, comparavit. Ego hoc in casu puto, spectatâ strictâ juris ratione neutiquam competere posse, quoniam judicia de rebus futuris non instituuntur, *l. 35. ff. de Judicijs.* Brunneman. *ibid.* de æquitate tamen, & benignâ interpretatione possessor foret condemnandus; absurdum enim esset, reum absolvere, quando actor dominium probavit. *cap. 3. de re judicat. in sexto.* videantur illi, quos allegat, & sequitur Lauterbach. *ad ff. de Rei vind. thes. 8.* 4

Porrò utilis Rei vindicatio competit illis, qui obtinent utile dominium, quale habet primò Vasallus in re feudali, *feud. 2. tit. 8.* Secundò Emphytevta, *l. 1. §. fin. ff. si ager vectigal.* Tertiò Superficiarius, *l. 73. §. 1. & sequent. LL. ff. de Rei vind.* Quartò Cessionarius, cui nimirum rei vindicatio cessa est, *l. 55. ff. de Procurat. l. 5.* & *l. 7. Cod. de Hæred. & actio. vend.* aliique, quorum pecuniâ res emitur, & ex singulari privilegio eis ac- 5

acquiritur, de quibus suprà dictum est.

6 Porrigitur hæc Actio adversùs quoscunque Possessores, sive titulo, sive absque titulo possideant, *l. 36.* & *l. fin. ff. de Rei vind. l. 25. ff. de Oblig. & action.* Nec refert, an verè possideant, vel tantùm detineant, aut nomine alterius in possessione sint: *l. 9. ff. eodem*, hoc tamen interposito discrimine, quòd ille, qui alterius nomine in possessione est, nominando suum authorem ab Actione liberetur, *l. 2. Cod. ubi in rem Actio.* si autem se liti offert, pro possessore habetur, *l. 25. ff. de Rei vind.* ad quod tamen requiritur primò, ut reus conventus perseveret in sua affirmatione usque ad litis contestationem, *l. 25. ff. eodem.* Secundô ut actor ignoret, illum fictè possidere. *l. 26. ff. h. tit.*

7 Circa quod ulteriùs dubitari solet, an sententia adversùs talem fictè possidentem, vel potiùs à parte rei detinentem lata, vero possessori præjudicet, nec ne? Negant cum Bartolo *in l. 2. Cod. ubi in rem actio.* plurimi, ex ea ratione, quòd *res inter alios acta, alijs non præjudicet.* Ego affirmo, & præjudicium vero possessori fieri credo. Ratio est, quoniam, sicut detentor ille rectè conventus, & formula à Prætore data, *si paret, actorem Dominũ esse, condemna*, observata, adeóque judicium juxta LL. ordinem institutum fuit, ergo necessariò aliquis illius effectus sequi debet: atqui in contrario nullus prorsus sequeretur solemnis Judicij effectus, si nec in possessione vero possessori ullum præjudicium generaret: ita ratio priùs allata non habet vim persuadendi in contrarium, nec esse potest res *inter alios acta*, cùm non tam feratur sententia adversùs detinentem, quàm super jure ipsius rei petitæ & dominio actoris, quando ergo actor dominium super re controversâ probavit, implicat, quin vero Possessori rei præjudicium feratur.

Altera fictæ possessionis species in eo casu usuvenit, quando quis dolô malô desijt possidere, dolus enim pro possessione habetur, & pari jure possessio, & dolus quoad hoc punctum ambulare censetur, sicut enim tenetur ille, qui rem possidet, ita etiam ille, cujus dolô factum est, quò minùs possideatur; *l. 131. l. 150. l. 157. ff. de Regul. Jur.* Wisenbach. *eodem.* per consequens, qui ante litis contestationem dolô malô desijt possidere, utili Rei vindicatione conveniri potest. *l. 27. §. 3. ff. de Rei vind. l. 36. ff. de Noxali action. l. 3. §. ult. ff. de Alienat. Jud. mut. caus. fact.* proceditur autem in hac Actione eodem modo, quô in cæteris actionibus Realibus, primò enim Judex jubet rem restitui, si autem restitutio non sequatur, condemnabitur, in quantum alter in litem juraverit, *l. 78. ff. de Rei vind.* dixi ei, qui dolô malô desijt possidere ante litis contestationem, concedi utilem Actionem, si enim post litis contestationem hoc fecerit, actio di- 8

recta semel judicio inclusa continuatur. Lauterbach. *ad ff. tit. de Rei vind. thes. 17.* Vinnius *Instit. de Action. §. 1. n. ult.* Conferatur Bachov. *Inst. de Action. §. 1. n. 14.* quamquam hæc distinctio tantummodo in nomine fundari videatur, quoniam & ille, qui post litis contestationem dolô malô possidere desij, tantùm litis æstimationem præstare potest.

9 Dices. Si adversùs illum, qui ante litis contestationem rem dolô malô possidere desijt, competit utilis Rei vindicatio, tunc manifeste sequitur, frustra propositum esse à Prætore edictum *de Alienat. Judic. mutand. causa fact.* ergo ea, quæ priùs à me deducta sunt, vix firmitatem obtinebunt. Respondeo primò, latam in eo esse disparitatem, quòd illud edictum non solùm ad translationem possessionis, quæ frustrandæ, seu elidendæ actionis Realis gratiâ fit, sed universaliter ad omnem fraudulentam, & in præjudicium actoris factam alienationem pertineat. *l. 4. §. 2. l. 9. & 10. ff. de Alienat. Judic. mut. causa fact.* Secundò, tamesi hæc Judicia, utilis nimirùm Rei vindicatio, & actio in Factum, *de Alienat. Judic. mutandi causa facta*, concurrere soleant, nihil tamen exindè absurdi inferri potest, cùm utrumque ex diversis constitutionibus descendat, electio igitur actoris est, utrâ actione experiri velit. Vinnius *in §. 1. Inst. de Action. n. ult.* Bachov. *eodem n. 14.* In eo tamen hæc electio restringitur, quòd, quando reus paratus sit utilem Reivindicationem subire, cesset Actio ex Edicto, *l. 3. §. ult. ff. de Alienat. Judic. mutan. causa*, illa enim non datur, quando translatio rei non mutat litem, aut nullum actori detrimentum affert, cùm nihil ejus intersit: per talem autem oblationem omne interesse ad hanc ex edicto instituendam Actionem tollitur; Vinnius *in §. omnium Instit. de Action. n. penult.* quando autem cogitur utile judicium acceptare, sicut indistinctè cogi posse videtur, interest actoris propter probationem doli, quem non tenetur remonstrare, si paratus foret utile Judicium subire; quam rem nervosissimè exponit Prænobilis & Clarissimus D. Bassus in *suis prælectionibus academicis ad tit. Cod. de Alienatione Judic. mutand. causa.* quemadmodum autem in Petitione hæreditatis dictum est, non liberari possessorem, si priùs actum sit cum illo, qui dolo malo desijt possidere, per *l. 13. §. 14. ff. de Petit. hæred.* ità in hac Actione contingit, *l. 7. ff. de Rei vind.* secus si priùs actum sit cum possessore, tunc enim evanescit remedium adversus dolosum alienantem, nisi adhuc Actoris intersit.

Circa quam speciem fictæ posses- 10
sionis adhuc scrupulus mihi restat, an ille, qui culpâ possessionē rei amisit, Rei vindicatione pulsari possit? Respondeo, si quis ante litis contestationem possessionem culpâ amiserit, Reivindicatio utilis adversùs ip-

ipsum non datur, *Arg. l. 27. §. 3. & l. 36. ff. de Reivind.* quodsi autem post litis contestationem possessionem culpâ dimiserit, æstimationem præstare debet, dictâ *l. 36. §. 1. ff. eodem*, eâ cum distinctione, ut adversarius ipsi Actiones cedat, si petat. *l. 63. eodem*, videantur post Brunneman. *in dict. l. DD.*

11 Ultimò circa personas, contra quas hæc actio competit, de hæredibus rei conventi, seu possessoris videndum est. Ego congruenter rationi juris breviter resolvo, adversùs hæredes ipsius possessoris ut tales non dari Reivindicationem. *per l. 42. & l. 55. ff. de Reivind.* Unde, si unus ex pluribus hæredibus rem vindicandam solus possideat, ille etiam solus hâc actione conveniri potest, *dicta l. 55. ff. h. tit.* aliud tamen est sentiendum in eâ contingentiâ, quâ possessor post judicium Reivindicationis acceptum, mortuus est, atque in re à defuncto quidquam commissum, aut deterioratum est, hic enim, quamvìs hæres non possideat, tamen ad resarcitionem damni condemnari debet, & quidem ex personâ defuncti; Judicium enim semel acceptum in hæredem transfertur, pulchrè Donell. *Comment. lib. 20. cap. 3. sub finem.*

12 Objectum, seu res, quam hæc Actio vindicat, debet esse corpus, seu species certa, quæ indigitari, & describi potest, *l. 6. ff. de Reivind.* sive deinde res sint animatæ, sive inanimatæ, mobiles, vel immobiles, quemadmodum etiam à patre filius jure Quiritum Romano, *l. 1. §. 2. ff. de rei vindicat.* ibique Glossa & Brunneman. Civis à senatu, subditus à domino vindicari potest. vid. Hilliger *in Donell. lib. 20. cap. 4. litt. I. l. 3. §. 1. ff. eodem*, quinimò universitas corporum, quemadmodum grex, vindicari potest, *l. 1. §. ult. ff. eodem*, secùs si universitas rerum incorporalium, seu jurium, veluti peculium. *l. 56. ff. eodem*, vide in terminis Struv. *Syntag. juris Civilis exercit. 11.* de antiquis autem vindicandi modis vide Vinnium *supra citatô locô n. ult.*

Vindicatur autem res cum omni 13 accessione, & causa, & quidem si est bonæ fidei possessor, rémq; titulô legitimô possidet, fructus omnes facit suos, adeóq; Domino vindicanti eos restituere non tenetur, sive sint naturales, sive Civiles, sive industriales. *§. 36. Instit. de rer. divis. l. 48. ff. de acquirend. domin. l. 22. Cod. de rei vindic. l. 4. §. 19. ff. de usucap.* si autem absque titulô eam obtineat, naturales non facit suos, *l. 45. ff. de usur. & fructib.* ratio est, quia nullum habet Juris adminiculum, nec industriam, quæ in producendis fructibus naturalibus non exposcitur, nec causam, quæ ei assistat, nemo verò ex re aliena fructus potest facere suos absque Juris adminiculo, quia jure naturæ pertinent ad Dominum rei; nec refert, an sit factus locupletior, an non, per *text.* suprà citatos. Solùm igitur exstantes, & non præscriptos resti-

ſtituere tenetur. *§. 35. Inſtit. de rer. diviſ.* §. *2. Inſt. de offic. Judic. l. 4.* §. *2. ff. fin. regund. l. 22. Cod. de rei vindicat.* Ant. Perez *Cod. de rei vindicat. n. 22.* Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 11. theſ. 22.* Vinnius *lib. 1. ſelect. quæſt. cap. 26.* Si verò eſt malæ fidei poſſeſſor, tenetur omnes reſtituere fructus, tam exſtantes, quàm conſumptos, tam perceptos, quàm percipiendos, & quidem ſecundùm diligentiam actoris, *l. 33. l. 62. ff. de rei vindicat. l. 5. l. 22. Cod. eod.* Hartman. Piſtor. *part. 4. quæſt. 28.* Gilken *in cit. l. 22. Cod. eod.* nec intereſt, an ab initio fuerit in mala fide, vel durante poſſeſſione in eam ſit illapſus, ab illo enim momento in mala fide eſſe incepit, ideoque omnes fructus reſtituere tenetur. *l. 48.* §. *1. ff. de acquir. rer. domin.* Mortuo verò malæ fidei poſſeſſore ante litis conteſtationem, ejus hæres tantum ex fructibus reſtituere tenetur, quantum ad ipſum pervenit, nec enim jura patiuntur, ut ex injuſtitia defuncti hæres lucrum ſentiat; *l. 5. ff. de calumniat. l. 38. ff. de R. J.* illos verò fructus, quos ipſe malæ fidei poſſeſſoris hæres percepit, omnes reſtituere tenetur, ratio eſt, quia ſuccedit in omne jus defuncti, nec ignoratione ſuâ poteſt excludere ejus vitia, *l. 11. ff. de diverſ. & temporal. præſcript.* vitia enim poſſeſſionum à majoribus contracta etiam ſucceſſorem ſui Authoris comitantur. *l. 11. ff. de acquir. poſſeſſ.* ut autem Judex hæc obſervare, & fructus adjudicare teneatur, neceſſum eſt, ut tales ante litis conteſtationem percepti ſpecialiter ab actore petantur, aliàs enim ad horum rationem habendam non adſtringi volunt, qui citantur à Lauterbach. *ad ff. in tit. de Rei vind. per l. 10. ff. de Uſur. & fruct. l. 25.* §. *8. ff. de Ædilitio edict.*

Hæc de fructibus breviter at- 14
tacta ſufficiant; circa expenſas in re factas itidem diſcrimen inter bonæ, & malæ fidei poſſeſſorem ponendum eſt, prior enim impenſas neceſſarias deducere poteſt, *l. 14. ff. de Doli mali except. l. 33. ff. de Condict. indebit. l. 7.* §. *12. l. 9. ff. de Acquir. rerum domin.* ratio principalis eſt, ne dominus locupletetur cum alterius jacturâ, contra Regulam *in l. 206. ff. de Reg. jur.* utiles autem non perinde deducere bonæ fidei poſſeſſori licet, ac neceſſarias, quoniam Dominus non indiſtinctè per eas fit locupletior, ergo in earum deductione ſpectatur tum conditio rei, tum etiam perſona petitoris, Donell. *Comment. libr. 20. cap. 7.* quam rem diſtinctiùs exponit Celſus *in l. 38. ff. de Rei vind.* ex quâ liquet, bonæ fidei poſſeſſorem poſſe deducere impenſas utiles primùm eo caſu, quo Dominus rei easdem facturus eſſet, ſecundò ſi rem per factas expenſas melioratam venditurus, & proinde tanquam ex re aliena commodum capturus eſt, *l. 29. ff. de Rei vind.* tertiò denique, ſi Dominus rei, ſeu petitor dives ſit, ac impenſas petitas exſolvere poſſit,

per

per verba *allegatæ l. 38. ff. eodem. finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat.* extra hos casus nec bonæ fidei possessori, de veritate theoricâ loquendo, deductio conceditur, juxtà ea, quæ post alios tradit Brunneman. *in dictâ l.* Donell. enucleatus *dictô locô*, sed solùm eas tollere potest, tribus tamen accedentibus conditionibus, si videlicet primò absque detrimento rei fiat, & non deterior, quàm ab initio fuit, reddatur. Secundò, si ex ablatis ruderibus quid lucri consecuturus sit. Tertiò, si Dominus rei non sit paratus eas oblatâ æstimatione redimere, *dictâ l. 38. ff. eodem.* videatur Hilliger in Donell. *lib. 20. cap. 7.* & Hartman. Pistor. *Parte 2. q. 42.* Menochius *de arbitra. Jud. lib. 2. cap. 258.*

15 Quod ad impensas voluptuarias attinet, eas bonæ fidei possessor deducere regulariter nequit, deficit enim ratio deductionis *in l. 38. ff. de Petit. hæredit.* prodita: quoniam per voluptuarias nullum sentit lucrum, adeóque non fit locupletior, Philippus Schlevogt *in Tract. de Expensis thes. 14.* Struv. *Syntag. Juris Civilis, Exercit. 12. thes. 35.* non tamen prohibetur has expensas absque detrimento rei tollere, seu abradere, nisi dominus sit paratus, illas redimere, aut ipse bonæ fidei possessor nullum exinde lucrum capturus est, tunc enim nec tollere permittitur, *per jura & rationes superiùs allatas.*

Quodsi econtra malæ fidei posses- 16
sor Reivindicatione conveniatur, impensas necessarias pariter, ac bonæ fidei deducit, *l. 5. Cod. de Reivind. l. 38. ff. de Petit. hæredit.* cùm hæc deductio, seu impensarum repetitio magis causæ, quàm personæ tribuatur, Brunneman. *ibidem* Donell. *allegatô locô.* semper quippe & in hoc casu illud militat fundamentum, ne per retentionem impensarum Dominus rei cum alterius jacturâ locupletetur. Nec etiam in hoc casu distinctionem admitto inter simplicem malæ fidei possessorem, & illum, ad cujus malam fidem singulare concurrit delictum, veluti violentia, seu clandestina possessio &c. sed indiscriminatim teneo, malæ fidei possessorem impensas necessarias deducere posse, per *l. 38. ff. de Petit. hæredit.* Nec obstat textus *in l. 1. Cod. de Instit. exposit.* continet námque singularem, & à communi ratione exorbitantem casum, qui enim hominem furatus est, videtur deterior esse cæteris furibus. Hartprecht *in §. 30. ff. de Rerum divis.* Struv. *Syntag. Juris Civilis exercit. 11. thes. 31.*

Utiles autem impensas, & etiam 17
voluptuarias malæ fidei possessorem haud posse deducere censeo cum Adamo Struv. *Syntag. Juris Civilis exercit. 12. thes. 33.* tollendi tamen potestatem ei tribuo, per *l. 5. Cod. de Reivind. l. 37. ff. eod.* Fachineus *lib. 1. Controvers. c. 55.* Hunnius *Var. resolut. lib. 2. q. 25.* Adver-

verſari quidem videtur aſſertioni meæ Gajus *in l. 7. §. 12. ff. de Acquir. rerum. Domi.* ubi diſertè dicit, malæ fidei poſſeſſorem in alieno ædificantem non tantùm amittere materiam, ſed etiam compendia fabrorúmque mercedes. Reſpondeo enim, illud non eſſe exaudiendum de ſublatione impenſarum, ſed tantùm de deductione, ut concordentur *jura in l. 5. Cod. de Reivind. & l. 37. ff. eodem.* ultimò circà hanc Actionem adverte, eam ex natura ſua eſſe perpetuam, cùm ſit Civilis, per text. *in princip. Inſtit. de Perpet. & temporal. action.*

ACTIO

Publiciana.

SUMMARIUM.

1. *Deſcribitur actio Publiciana.*
2. *Quæ ſint ejus requiſita?*
3. *Quibus detur hæc Actio?*
4. *An competat illi, cui abſque traditione aliàs ex ſingulari privilegio dominium acquiri ſolet?*
5. *Probatur affirmativa.*
6. *Removetur objectio.*
7. *Enodatur aliud dubium:*
8. *Adversùs quos hæc detur actio?*
9. *An detur contra illum, qui titulum à fure habet?*
10. *Admitto publicianam adversùs illum, qui rem titulo lucrativo poſſidet.*
11. *An extendatur contra illum, qui rem tenet titulo pro hærede?*
12. *Reſolutio diſtinguens.*
13. *Hæc actio regulariter non datur adversùs verum dominum.*
14. *Recenſentur tamen aliqui caſus, in quibus dominus hac Actione poteſt conveniri.*
15. *Annotatur objectum hujus actionis.*

1 NOna actio, Publiciana dicta à Publicio Prætore, *§. 4. Inſt. de Action.* deſcribi poteſt, quòd ſit Actio realis Prætoria, quâ is, qui bonâ fide, & juſta ex cauſâ rem à non Domino accepit, & uſucapione nondum impletâ poſſeſſionem caſu amiſit, petit, ut ejus quaſi dominus declaretur, & infirmiori jure poſſidens ad reſtitutionem condemnetur. argum. *L. final. ff. de Public. in rem Action.* Cauſa ejus remota eſt modus transferendæ conditionis præſcribendi, ſeu traditio ex juſto titulo, & bona fide facta, quemadmodum enim dominium per cauſam à jure deſtinatam ex bonâ fide transfertur, ita etiam

etiam per talem traditionem, à non Domino factam, conditio præscribendi transfertur, *L. bona fide ff. de Regul. Juris.* Proxima est quasi Dominium, fingunt enim jura, rem usucapione à possidente acquisitam, quæ à parte rei non est usucapta. Fictio autem illa, partim æquitatis tuendæ, partim necessitatis causâ assumitur, & fundatur in eo, quòd actor in conditione præscribendi fuerit constitutus, & solum tempus non sit completum. *L. 1. §. 1. L. 7. §. 17. ff. de public: in rem Action.* Datur igitur publiciana sub colore dominij acquisiti. Bachov. *in Tract. de Action. disput. 3. thes. 16.*

2 Ad quam requiritur primò, ut res sit tradita ex justâ causâ, & ad transferendum dominium habili, *L. 3. & sequent. L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. ff. de Public. in rem Action.* Secundò, necessariò requiritur bona fides. *L. 7. §. 15. L. 13 §. 1. ff. eodem.* quô locô dubium est primò, an mala fides Antecessoris Publicianæ adversetur, quemadmodum obstat præscriptioni ordinariæ, ac consequenter an *Auth. malæ fidei Cod. de præscript. long. tempor.* in Publiciana locum habeat? Dubitandi ratio est, quia Publiciana fundatur in usucapione. *L. 9. §. 5. ff. de Public. in rem action.* Hac tamen ratione non obstante, asserendum est, *Authent. malæ fidei tit.* non obstare Publicianæ, ex ratione, quia textus in *dict. Auth.* loquitur solummodò de præscriptione ordinaria, textus verò in *L. 9. §. 5.* de eo casu, quô præscriptio absolutè est prohibita, non verò de casu, quô duntaxat in tempus longius protenditur. videatur Harpprecht *in §. 4. Instit. de Action. n. 17.* Schneidevvin. *Instit. eod. n. 40.* Widmont *ff. de Public. Action. n. 25.* Dubium est secundò, an mala fides superveniens obsit Publicianæ? Idipsum negandum est, sive Jus Civile spectetur, sive Canonicum. Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 11. thes. 42.* Eckolt *ff. de Public. Action. §. 3.* Lautterbach *ff. eod. §. 8.* Bacchovius *in tractat. de Action. disput. 3. thes. 20.* Et de Jure Civili quidem dubium est expeditum, cùm mala fides superveniens usucapionem non impediat, *L. 48. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. L. 1. Cod. de usucap. transform.* cùm ergo Publiciana in usucapione fundetur, *§. 5. Instit. de Action. L. 9. §. 5. ff. de Public. in rem action.* Publicianam non impediet. Nec adversatur textus in *l. 7. §. final. ff. de Public. in rem action* ubi asseritur: ad Publicianam requiri, ut utroque tempore, & venditionis, & traditionis, adsit bona fides; hoc, inquam, non obest, ex natura quippe emptionis bona utroque tempore exigitur fides, *L. 2 ff. pro emptor.* potest tamen post traditionem mala fides supervenire. Minùs quoque de Jure Canonico Publicianam submovet mala fides superveniens, quia ab hoc Jure Civile

vile in tantum est correctum, in quantum iniquitatem fovet: quoniam verò hæc actio Publiciana non datur regulariter contra Dominum, sed solùm adversùs illum, qui jure inferiori possidet, consequenter qui assistentiam legis non meretur, dici non poterit, jus Civile esse correctum, hinc superveniens mala fides removet usucapionem respectu Domini, non verò respectu inferiori jure possidentis. Exposcitur ad hujus actionis nativitatem tertiò, ut tradita sit à non domino. *L. 1. ff. eodem §. 4. Instit. de Action.* Quartò, ut res non sit vitiosa, illæ enim res, quæ usucapi non possunt, nec actione publiciana vindicari queunt. *L. 9. §. 5. L. 12. §. 4. ff. dicto tit.* Quintò, ut tempus usucapionis non sit completum, in eo enim casu, quô completum foret, locum sibi vendicaret Actio civilis.

3 Ex quibus facilè patet, quibus hæc actio competat, nempe illi, qui bona fide, justo titulo, rem corporalem, vel incorporalem, à non domino assecutus est, & illius possessionem ante impletam præscriptionem denuò amisit, *dicto §. 4. Inst. eodem.* quinimò datur Vasallo, Emphyteutæ, superficiario, qui à non domino jura sua acceperunt. *L. 11. §. 1. L. 12. §. 3. ff. eodem.* Deduces primò, si res aliena duobus bonæ fidei emptoribus vendita, & posteriori tradita sit, tunc in hac Actione potiorem esse posteriorem, cui res est tradita, *dict. L. 9. §. 4. ff. eodem.* Deduces secundò, si à duobus non dominis res aliqua pluribus vendita est, atque inter illos quædam exsurgit controversia, illum in hac actione cæteris præferri, qui rem possidet, textus in *allegat. l. 9. §. 4. ff. eodem*, si autem controversia inter tales emptores, & aliquem tertium oritur, illum primas obtinere vices, cui primò res tradita fuerat. *L. 31. ff. de Action. empt.* Bachov. *Tract. de Action. disp. 3. thes. 22.*

Dubium autem est primò, an hæc Actio etiam competat illi, cui aliô modô, quàm traditione res quædam acquisita est, ut in actibus ultimæ voluntatis, aut si quid Ecclesiæ, vel alij pio loco donatur, vel venditur, quemadmodum tradunt DD. *in l. 23. §. 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* Dari etiam hoc locô publicianam tenent plurimi cum Vinnio *in §. 4. Inst. de Act. n. 2. per L. 1. §. 2. L. 7. & 12. ff. de Public. in rem Action.* & moventur hoc præcipuo fundamento, quòd eadem sit ratio Rei vindicationis, & Actionis publicianæ, ergo quemadmodum illa, etiam non facta traditione, conceditur, ita non minùs hæc, cùm argumentum à majore ad minus facilè conclusivè procedat. 4

Hâc tamen ratione non obstante, mihi cum Bachov. *in Tract. de Act. disput. 3. thes. 18. circa finem* hæc Sententia, & opinio Vinnij ex eo displicet, quòd apprehensio possessionis quid facti sit, atque 5

adeò

adeò poteſtate juris non ità, ſicut dominium, quod juris eſt, tranſire poſſit, per conſequens ſicut talis, cui dominium absque traditione acquiſitum, non eſt in conditione præſcribendi, ita etiam nullo modo poteſt ei competere publiciana, utpote quæ non datur, niſi ei, qui eſt in conditione præſcribendi, atque argumentum à conditione præſcribendi ad publicianam ſemper concludere tenet Jaſon *in dicto* §. *n. 17.* conſtat autem, absque poſſeſſione nullam eſſe conditionem præſcribendi; *L. 25. ff. de Uſurpat. & Uſucap.* ex quibus ergo patet, deficere colorem dominij per uſucapionem quæſiti, & eſſentiale fundamentum hujus Actionis.

6 Nec obſtat *text. in L. 12. §. 1. ff. de Public. in rem action.* in quô locô dicitur ille, cui ex Senatûs Conſulto verbaliter eſt reſtituta hæreditas, licet poſſeſſionem hæreditatis nactus non ſit, hâc actione uti poſſe; hæres enim, & defunctus partim ſunt una, eademque perſona, & in locum hæredis fiduciarij ſuccedit Fideicommiſſarius, & ideò mediatè ſaltem etiam perſonam defuncti repræſentat, partim poſſeſſio quoad uſucapiendi effectum ex ſingulari juris beneficio continuatur à defunctô in hæredé, *L. 40. ff. de Uſurpat.* ac proinde hæres fideicommiſſarius, cui verbaliter eſt hæreditas reſtituta, in conditione uſucapiendi non ſecus, ac ipſe defunctus, eſt conſtitutus, ex quo capite ei quoque actio publiciana concedi poteſt.

Dubium eſt ſecundò, an Actio publiciana accommodari poſſit vero Domino? Reſpondeo, ſequendo ordinaria principia, & rigorem juris, hanc actionem vero domino accommodari non poſſe, *per L. 1. §. 1. ff. de Public. in rem action.* Ratio eſt, quoniam hæc actio datur ſub colore dominij per uſucapionem acquiſiti, & pro re, quæ nondum uſucapta eſt, ergo domino, qui dominium verum habet, Civilis, non honoraria actio datur: quod magis confirmatur *ex l. 18. ff. de Pignor. & Hypothec.* ubi apertè innuit Paulus, hanc actionem illi dari, qui dominium non habet; unde Prætor actionem publicianam in eum propoſuit caſum, quo deficit Civilis; *argum. §. 4. Inſt. de Action.* quam aſſertionem tamen eo tempero ſenſu, ut hæc actio domino quâ domino non competat, quod ſi enim verò dominus ſub qualitate bonæ fidei poſſeſſoris pro re amiſſa hanc actionem inſtituere velit, & quidem eo præcipuè caſu, quô, tametſi à parte rei verus ſit dominus, dominium tamen probare non poſſit, non dubito, quin hæc Actio ut expeditius remedium ei accommodari poſſit, ſicut probatur *ex dictâ L. 1. §. 1. in verbis: nec deſiderat honorariam*, ſenſus enim illorum verborum eſt, ut, quando actor, ſeu dominus civilem habet Actionem, non deſideret honorariam, ſecus an-

autem, si dubitet de dominio, quo etiam collimat *text. in L. 39. §. 1. ff. de Eviction.* ubi dicitur, quòd si quis in probatione dominij succubuerit, ad publicianam recurrere possit. videatur Mynsing. *de Action.* §. 4. n. 37. Vinn. *eodem n. 4.*

8 Ex quibus consequenter fluit, quodnam sit hujus actionis subjectum passivum, seu personæ, contra quas detur, & in genere quidem contra omnes possessores, qui infirmius jus habent, quàm ipse actor; *L. fin. ff. de Public. in rem action.* in specie autem contra illum, qui nullo vel saltem non habili ad transferendum dominium titulo rem possidet, si autem quis rem bona fide, & justo titulo possidet, hac actione conveniri non potest, melior enim in pari causa est conditio possidentis. *L. 9. §. 4. ff. de Public. in rem action. l. in pari ff. de Regul. juris.* Duplex quippe possessor jus habet, & possessionem, & titulum, actor seu petitor autem titulum solum obtinet, quo loco adverte, quòd, sicut in Rei vindicatione ille, qui dolô malô desijt possidere, pro possessore habetur, ita etiam in publicianâ, cùm omnia, quæ in Rei vindicatione locum obtinent, etiam in publiciana procedant, nisi aliter in hac à jure expressum sit. *L. sed etsi 7. §. in Publicianâ ff. de Public. in rem act.*

9 Circa illum autem hoc in passu dubium occurrit, an se adversùs publicianam tueri possit, qui rem possidet titulo quidem, sed à fure acquisito, vel procurato. Mihi videtur dicendum, tametsi quis bona fide, & justo titulo rem à fure emerit, contra eum tamen competere publicianam, quoniam tali rei inhæret vitium reale, seu furtivum, adeoque non est in conditione præscribendi, & proinde publicianâ conveniri potest, *l. 9. §. penult. ff. de Publ. in rem act.* quamvis Schambogen, & alij refragentur per rationem, quòd talis non teneatur alicui rem restituere, nisi qui dominium probavit. *argum. l. 2. Cod. de Furt.*

Dubium est secundò, quid sentiendum sit de eo casu, quo actor seu 10
petitor rem, cujus postea possessionem rursus amisit, titulo oneroso sibi comparavit, possessor autem eam tenet titulo lucrativo, utrum nimirum adversùs hunc efficaciter possit publiciana moveri? Vulteius, & post eum Schambogen, putat, posse adversùs illum, qui rem titulo lucrativo tenet, hanc actionem intentari, ex ratione, quòd alter, qui rem titulo oneroso sibi comparavit, certet de damno vitando, & alter de lucro captando, in quo casu indistinctè magis de damno certanti favendum, *argum. l. 6. §. sciendum ff. Quæ in fraudem credit.* & in obscuro melius est favere repetitioni quàm adventitio lucro. *l. 41. §. fin. ff. de Regul. juris*, quæ sententia multùm æquitati favet, atque ideo etiam ei subscribo.

Dubium est tertiò, num hæc actio 11
por-

porrigatur in illum, qui rem aliquam tenet titulo pro hærede? quo loco tamen in memoriam revocanda veniunt, quæ priùs de Petitione hæreditatis annotata sunt, quòd nimirum *pro hærede possidere* dupliciter dicatur, primò quando quis se falsè asserit hæredem, cùm à parte rei non sit, & in hoc nullum est dubium, quin Publiciana adversùs talem inveniat locum, cùm titulo careat. Secundò dicitur *pro hærede possidere* verus hæres, qui rem, quæ defuncti non fuit, alienam tamen ignorans, hæreditariam esse putat, veluti defuncto commodatam, aut locatam vel depositam, circa quam non levis est controversia, an talis titulus pro hærede sit sufficiens ad usucapionem, & consequenter habilis ad elidendam Publicianam. Et quòd hic titulus non sit habilis ad generandam usucapionem, evincere videntur textus *in l. ult. Cod. de Usucap. pro hærede l. 4. Cod. de Præscript. longi temp.* per quos disertissimè negatur, sine alio proprio titulo, ex solo jure successionis præscriptionem procedere posse, cui non levem calculum adjicit, quòd hæreditas non tribuat jus, nisi in bonis, quæ defuncti fuerunt, non autem in rebus alienis titulum producat, Bachov. *in Tract. de Action. disput. 3. thes. 21.* ex quibus multi concludunt, titulum *pro hærede* non esse novum titulum, & hæredem ad hoc, ut præscriptione se tueri possit, teneri allegare titulum præcedentem. Brunneman. *in l. ult. Cod. de Usucap. pro hærede.* In contrarium autem, & quòd titulus pro hærede sit sufficiens, hærésque aliũ præcedentem à defuncto acquisitum titulum probare non adstringatur, sunt Rubricæ tam *in ff. pro hærede*, quàm *Cod. de Usucap. pro hærede*, quæ secundùm priùs adducta omnes enervarentur; quibus 2. non minùs adstipulatur textus relativus *in l. 3. ff. pro hærede.* Tertiò denique sequeretur, nullam procedere usucapionem pro hærede, contra jura aperta *in l. ult. ff. pro hærede & l. 33. §. 1. ff. de Usurpat. & Usucap.* in versu: *hoc amplius*: quos, & alios plurimos textus exponit, & conciliat Gilken *in Tract. de Usucap. parte 2. memb. 1. cap. 16.* Sanè res difficultate mihi plena videtur: priores pro prima Sententia allegatos textus de falso hærede subaudiendos esse tradit Wisenbach *ad Pandect. in tit. pro hærede* Bachov. autem *dicto Tractat. disput. 3. thes. 21.* conjecturat, præcitatas rubricas solùm allegari posse adversùs illum, qui postea evincit hæreditatem, sicut quando quis ut proximus cognatus successit, & postea ab alio proximiori hæreditas evincitur, *per l. 33. §. 1. ff. de Usucap. & Usurpat.* dubium autem absolutè non decidit.

Mihi in hac perdifficili, & dubia 12
controversia æquitatis rationem habendam, & dicendum esse, cum Adamo Struv. *Syntag. Juris Civil. exercit. 43. thes. 32.* videtur, titulum pro hærede ità esse sufficien-

 tem

tem ad præscriptionem, ut hæres], qui est bonæ fidei hæreditatis possessor, non teneatur allegare alium titulum, ex quo defunctus possedit, sed sufficiat, rem in hæreditate inventam, & ab hærede occupatam esse, *per l. 3. ff. pro hærede, l. 2. ff. pro suo*, si autem dominus rei ostendere velit, rem à defuncto non esse possessam ut suam, sed ut alienam, titulum pro hærede haud sufficere ad usucapionem; *per l. ult. Cod. pro hæred* quibus præmissis congruenter dico, Publicianam competere adversùs verum hæredem rem possidentem titulo pro hærede, si videlicet actor probare possit, rem à defuncto non ut suam, sed ut alienam fuisse possessam, seu detentam, secùs si hoc remonstrari non possit.

13 Dubium est quartò, an hæc Actio moveri possit contra verum dominum? Licet autem Hunnius *in suis solut. l. 4. quæst. 15.* rem in utramque partem disputet, certum tamen est, in genere hanc Actionem contra verum Dominum non posse concedi. Ratio fundamentalis hæc est, quod videlicet præsumptio cedat veritati, ergo dominium præsumptum, quod nascitur ex colore prætensæ usucapionis, haud potest esse potentius verô dominiô, tum etiam, quòd, quemadmodum est iniquum, rem domino aufferi, ità etiam possidenti, cui competit Rei vindicatio in casu amissionis, à fortiori detur exceptio dominij. *l. ult. ff. de Publ. in rem Action.*

Sunt tamen aliqui casus, quibus 14 hæc exceptio dominij replicatione doli eliditur, & primò quidem casus *ex l. 28. ff. de Action. noxali.* oritur, quo possideo servum alienum bonâ fide, qui Cajo noxam dedit; ego Cajo servũ noxæ dedi, verus autem Dominus servi ejus possessionem casu quodam recuperavit; Cajus in tali contingentiâ Publicianâ ad servum repetendum uti potest, quoniam exceptio dominij replicatione doli eliditur. Bruneman. *in dictâ l. 28.* Secundus casus emergit *ex l. 18. §. 15. ff. de Damnô infectô.* quô vicina domus ruinam mihi intentabat, possessor autem cautionem præstare recusavit, exinde ego in possessionem ex primo Decreto missus, & durante contumaciâ ex secundo Decreto veram possessionem assecutus sum, verus autem harum ædium Dominus interim vel me possidere prohibet, vel possidentem violenter spoliat, in quo casu pariter præter interdictum unde vi Actionem publicianam adversùs ipsum intentare possum, quoniam verus dominus vel cavere, vel in possessione me relinquere tenetur. Tertius Casus se præbet *ex l. 72. ff. de Rei vind.* quo rem à Titio non Domino emi, ejus postea possessionem amitto, quæ ad Titium denuo pervenit, qui per successionem fortè factus illius rei dominus: in tali casu efficaciter agere possum adversùs Titium; nulla enim ipsi competit exceptio dominij acquisiti, cùm replicatio de Dolo eum repellat.

lat. Quartus Caſus occurrit *in l. ſi quis rem 24. ff. de Rei vind.* ubi dicitur, quando Dominus adversùs bonæ fidei poſſeſſorem agit, & in probatione dominij ſuccumbit, abſolvetur reus, ſi dein amiſſa â reo poſſeſſio ad Dominum pervenerit, contra illum publiciana locum obtinebit, quoniam res judicata pro veritate habetur, ſuppoſito, quòd illa Sententia abſolutoria in rem judicatam transmiſſa ſit. Plures caſus videantur *in l. 14. ff. de Public. in rem Action. l. 152. ff. de Rei vind.* Bachov. *in Tract. de Action. diſput. 3. theſ. 24.*

15 Objectum, circa quod hæc Actio perſequendo verſatur, ſunt res non vitioſæ, quæ uſucapi poſſunt, *l. 9. §. 5. l. 11. §. 2. ff. de Public. in rem act.* nec refert, an corporales, an verò incorporales ſint, *l. 11. §. 1. ff. eod.* Res autem alienari prohibitæ hac actione non vindicantur, *l. 12. §. 4. ff. eodem.* quoniam hæc Actio fundatur in æquitate, quæ tam in rebus corporalibus, quàm incorporalibus pariter conſideratur. Schambogen *in §. 4. Inſtit. de Action.* Tempus, quo hæc Actio durat, eſt triginta annorum, tametſi enim Prætoria ſit, eſt tamen rei perſecutoria, *l. in honorarijs 35. ff. de Obligation. & Action.* atque non contraria Juri Civili.

ACTIO

Emphyteuticaria.

SUMMARIUM.

1. *An Emphyteuſis ſit Juris gentium, ſeu Civilis?*
2. *In quo differat à cæteris contractibus?*
3. *An de eſſentia hujus ſit ſcriptura?*
4. *An iſte contractus ſit bonæ fidei, vel ſtricti juris?*
5. *An oriatur nominata actio ex hoc contractu?*
6. *Cui & adverſus quem detur?*

1 DEcima in ſecunda Pandect. parte occurrit actio Emphyteuticaria. Contractus Emphyteuticus origine & ſimul confirmatione juxta communem ſententiam Juris Civilis eſſe aſſeritur, prout atteſtatur cum pluribus à ſecitatis *Alvar. Valaſc. de Jure Emphyt. quæſt. 1. à n. 7.* conferatur exactiùs *Harprecht. inſt. de locat. §. 3.* colligitur enim *ex dicto §.* quòd Emphyteuſis uſu Romanorum fuerit introducta, & antequam naturam proprij contractus à jure ſortiretur, dubitare cæpe-

perint Jurisconſulti, qualis ſit contractus, an emptio & venditio, aut verò locatio, ac propterea ad hoc tollendum dubium Zenoniana conſtitutio exorta eſt, quæ eam græco vocabulo Emphyteuſin appellavit, eique propriam naturam & obligandi modum attribuit. Multi tamen graves ſunt Doctores, *ex dicto §. adeo inſtit. cit. loco* contrarium evincere conantes, huncque contractum ex jure gentium promanaſſe contendentes, qui recenſentur ab allegat: *Alvar. Valaſc. cit. quæſt. n. 9.* queîs & ego adſtipulor, quia eadem eſt cum emptione, & locatione, *§. 3. Inſtit. de locat.* ab ijsque non ratione formæ, ſed nominis duntaxat, à Zenone noviter donati, diſtat; quamvis igitur dehinc non amplius vectigal, ſed Emphyteuſis fuerit nuncupata definitio tamen iſta & mutatio originem alterare non potuit, & tametſi à jure Civili fuerit transformata, manſit nihilominus juris gentium. Hartprecht *in §. adeò Inſtit. de locat. & conduct. n. 27.* Bachovius *in Treutl. vol. 1. diſput. 29. theſ. 9. lit. H.* Vinnius *in §. 3. Inſtit. de locat. n. 7.* Bronchorſt. *Miſcell. cent. 1. aſſert. 29.*

2 Differentia ſpecifica deſumitur ut plurimùm â principali fine hujus contractus, nimirum quòd in hoc transferatur utile dominium ſub lege meliorationis, & annuæ præſtationis in recognitionem dominij directi. videantur *l. 2. & 3. Cod. de jur. Emphyteuſ.* unde ſubſtantialia hujus contractus reputantur partim conſenſus contrahentium, partim translatio utilis dominij rei immobilis, ac denique conſtitutio penſionis. *alegat. Valaſ. quæſt. 4. n. 10.* ex quibus facilè diſcrimen à reliquis contractibus colligere licet.

Illud hactenus intactum relinquere diſplicet, an nimirum ſcriptura ſit de eſſentia hujus contractus, 3
vel etiam per teſtes aut inſtrumenta probari poſſit? multi, quos refert, & ſequitur Brunneman. *in l. jus Emphyteuticarium cod. de jur. Emphyteut.* defendunt, ſcripturam requiri de conceptu ſeu eſſentia hujus contractus, idque argumento illius *citatæ legis* per verba *interveniente ſcriptura*: negativa longè verior, & rationi juris conformior eſſe videtur: partim quia juris regula eſt, quæ indifferenter in omni genere negotiorum pari modo teſtium, & inſtrumentorum probationem admittit, *L. contrahitur ff. de pign. & Hypoth.* à qua regula non facilè eſt recedendum, niſi manifeſta ratio, vel expreſſus Juris textus illud ſuadeat *Vallaſ. de jur. Emphyt. quæſt. 7. n. 2. circa medium. Bartol. in L. 2. ff. ſi quis in jus voc.* quæ opinio à paritate rationis firmitatem recipit: quòd nimirum nec in feudis, quæ ſumma neceſſitudine Contractui Emphyteutico accedunt, ulla requiratur ſcriptura. *Cap. 1. Feud. 2 quid ſit inveſtitura.* videatur ad longum *Harprecht. in §. adeo inſt. de locat. à n. 58.* textus autem in

citat.

citat. *L. 1. cod. de jure Emphyteut.* huic assertioni meæ nihil demit: tametsi enim in illa lege fiat mentio scripturæ, nulla tamen ibi necessitas scripturæ imponitur. Secundò videtur magis in allegato textu mentio scripturæ fieri circa pacta contractui adjecta, non autem circa ipsum principalem contractum, ut nimirum promptiùs, & specialiùs de illis pactis constare possit: conferatur Valasc. *dict. quæst. 7. n. 2. in fine*; Bachov. *in Treutl. vol. 1. disput. 29. thes. 9. litt. D.* quæ opinio multorum consuetudine locorum observatur.

4 Dubium circa hunc contractum ulterius est, an ille sit inter contractus bonæ fidei, vel stricti Juris reputandus? contractibus bonæ fidei ego eum accenseo cum Bachov. *dict. disp. 29. thes. 9. litt. C.* Lauterbach. *ff. si ager vectigal. thes. 12.* ex ratione, quòd hic contractus solo consensu constet *argum. L. 1. cod. de jur. Emphyt.* & per ea, quæ superiùs adduxi, partim autem, & quidem præcipuè, quòd variæ præstationes ex utraque contrahentium parte concurrant, de quibus Judex arbitrari potest, partim denique propter affinitatem, & necessitudinem, quam habet cum aliis contractibus bonæ fidei, locatione & conductione, emptione &c. propter quas rationes saltem tacitè & reductivè in *§. actionum 28. Inst. de action.* comprehensus videtur.

5 His igitur prænotatis nosse oportet, quòd, tametsi plurimi DD. quos recenset Harprecht *in §. adeo 3. inst. de locat. & conduct.* non ordinariam seu specificam concedant actionem, sed solùm præscriptis verbis, vel condictionem ex lege, nihilominus mihi probabilior sententia appareat, quæ non secus ac in cæteris contractibus nominatam concedit actioné, quæ Emphyteuticaria appellatur *per textus L. si finita §. 26. ff. de damno infect. L. 66. ff. de evict.* conferatur Oldendorp. *class. 5. art. ult.* definirique potest, quòd sit actio personalis bonæ fidei, ex contractu Emphyteuticario competens ad id, quod sibi partes ad invicem præstare tenentur; causa igitur ejus remota est contractus Emphyteuticarius: proxima est obligatio.

Competit illis, queis Emphyteusis est per talem contractum promissa, eorumque successoribus: Oldendorp. *class. 5. act. ult. n. 5.* secundò etiam domino directo, seu ad quem res in Emphyteusin data pertinet, ac propterea utrinque est directa, quemadmodum in definitione mentio facta. Conceditur adversus dominum, qui rem in Emphyteusin per hunc contractum dare promisit, ad hoc, ut eam secundùm terminos conventionis tradat, vel vicissim datur adversus ipsum Emphyteutam tenentem utile dominium, adhoc, ut singulis annis destinatam pensionem solvat, *argt. l. 2. cod. de jur. Emphyt.* aut ut rem colendo meliorem faciat. 6

Carpz. *part. 2. constit. 38. definit. 17.* de quâ non est dubium, quòd illa sit perpetua, partim quia civilis est, partim autem & quidem ex singulari ratione, quoniam Emphyteuta rem in Emphyteusin datam nunquam præscribere potest. Videatur Oldendorp. *dict. loco.*

ACTIO

Confessoria.

SUMMARIUM.

1. *Describitur origo, & essentia actionis Confessoriæ.*
2. *Ostenditur, quomodo servitus personalis sit jus in re.*
3. *Exponitur subjectum activum hujus Actionis.*
4. *An detur usufructuario ad vindicandas servitutes, fundo usufructuario debitas?*
5. *Quotuplici modo Actio hæc utilis dicatur?*
6. *Adversùs quos hæc Actio detur?*
7. *Quid hæc Actio persequatur?*
8. *Quamdiu duret hæc Actio?*

1 INter alias actiones Reales Civiles recensetur undecima actio Confessoria; sicut enim pro rebus corporalibus vindicandis introducta est actio Realis, de quâ pluribus remonstratum suprà est, ità etiam pro rebus incorporalibus, Servitutibus nimirùm principaliter, secundariò autem pro alijs juribus incorporalibus actio Realis adinventa, & introducta est *toto tit. ff. si Servitus vindicet:* & quidem actio Confessoria definiri potest, quòd sit actio Realis, quâ quis prædio suo servitutem competere intendit, simulque ejus declarationem & liberum usum contra quemcunque possessorem, vel impedientem petit, per jura *in §. 2. Inst. de Action. L. 2. L. 6. §. 3. L. 8. §. 3. ff. si Servitus vindic.* dicitur *Confessoria*, non equidem ab ipsa *formula*, quæ & negativè concipi potest, sicut quando dicitur, *non esse jus ades altiùs tollendi.* Donell. *in dicto §. 2. Inst. de Action. n. 5.* Vinnius *eodem n. 4* sed ab ipsa intentione, & re, quæ petitur. Præterea dicitur *Realis* ex ratione, quia oritur ex servitute tanquam jure in re *dictâ l. 6. §. 3.* Causa ejus, seu fundamentum remotum est quævis constitutio servitutis, sive fiat per actus ultimæ voluntatis, sive per actus inter vivos, Oldendorp. *Classe 3. Action. 4. n. 2.* Struv. *Syntag. juris civilis exercit. 13. thes. 43.* Proxima est jus in

in re, aut ſervitus conſtituta *L. 2. ff. ſi Servitus vindicetur*, *vel ad alium pertin:* nec refert, ſive ſint Servitutes reales, ſive perſonales, urbanæ, vel ruſticæ. *toto tit. ff. ſi uſusfructus pet:*

2 Dices: Servitus perſonalis non eſt jus in re, ergo cauſa proxima ſervitutis perſonalis non poterit eſſe jus in re. Reſpondeo, ſervitutem perſonalem ſuo reſpectu verum jus in re eſſe, inhæret enim rei, & tranſit cum re ad quemvis poſſeſſorem, ſaltem ex parte rei conventi, & propterea, atque ſecundùm illum reſpectum jus reale dicitur. Schneidevv. *Inſtit. de Action. §. 2. n. 3.*

3 Hæc Actio directa in genere datur Dominis prædiorum dominantium, illis nimirum, quibus ſervitus quædam eſt acquiſita (pro acquirenda enim datur Actio ex conventione profluens) *l. 2. §. 1. & l. 6. §. 3. ff. ſi Servitus vindicetur. l. 5. ff. ſi Uſufructus petat.* etiamſi quis in quaſi poſſeſſione ſervitutis, ſeu fundi dominantis ſit, nihilominus hæc Actio ei conceditur; Lauterbac had *tit. ff. ſi Servitus &c.* & quidem ſi pluribus ſervitus ſit conſtituta, ſingulis hæc Actio competit in ſolidum *dict. l. loci corpus 4. §. 3. ff. dicto tit.* eâ tamen interpoſitâ differentiâ, quòd ille, qui in poſſeſſione fundi eſt, cui aſſerit ſervitutem, non teneatur probare fundum dominantem eſſe ſuum, ſed tamdiu pro eo præſumatur, donec probetur contrarium *arg. l. ſicut. 8. §. ſed ſi ff. ſi Servitus vind.* Struv. *ibi theſ. 44. in fine.* Mynſing. *Cent. 1. Obſerv. 19.* ſi autem agit ille, qui in poſſeſſione fundi dominantis non eſt, probare debet Dominium fundi; incaſſum enim ſervitutem prætendit, ad quem fundus non pertinet. *l. 16. & 17. ff. de Empt.* Secundò competit hæc Actio quaſi Domino, ſeu bonæ fidei poſſeſſori, *arg. l. 1. ff. ſi Servitus vindic.* Oldendorp. *Claſſ. 3. Action. 4. n. 3.*

Uſufructuario autem, pro vindicanda ſervitute fundo uſufructuario debita, non competere hanc Actionem, clarè deſumitur *ex l. 1. & l. 5. ff. ſi Uſufructus petat.* quod procedit, quando uſufructuarius agit adverſus proprietatium pro ſervitute, ſecus autem, ſi ipſum uſumfructum petit, tunc enim in conſequentiam etiam ſervitutem, ſi qua uti frui non poteſt, vindicare poſſe videtur, Struv. *Syntag. juris civilis exercit. 8. theſ. 45.* adversùs extraneum autem competit uſufructuario ſaltem utilis actio Confeſſoria, pro vindicandis ſervitutibus fundo fructuario debitis, Lauterb. *ad ff. ſi Servitus vindicetur theſ. 5. per l. unicam §. 4. ff. de Remiſſ.* utilis autem Confeſſoria etiam datur illis, qui utile dominium fundi dominantis habent. 4

Adverte tamen pro uberiore intellectu, actionem Confeſſoriam in duplici ſenſu utilem appellari. Primò propter jus agentis, quod eſt infirmius, ut Actionem directam generare poſſit, velut Jus *Emphyteutæ*, 5

Vasalli &c. Secundò propter qualitatem objecti, aliorúmque Jurium incorporalium, de quibus inferiùs plura; Bachov. *in Tract. de Action. disput. 2. thes. 23.* unde prædicta utilis Confessoria datur Emphytevtæ *l. 16. ff. de Servitutibus l. 9. ff. de Novi oper. nunc.* Superficiario *l. 3. §. 3. ff. eodem*, creditori propter fundum sibi pignori obligatum *dicta l. 16. ff. de Servitut.* vasallo, alijs jurium incorporalium Dominis. videatur Gaill. *lib. 2. observ. 66.*

6 Porrigitur hæc Actio directa propriè & principaliter adversùs Dominum fundi servientis, *l. 6. §. 3. ff. si Servitus vindic.* quodsi plures illius fundi servientis Domini sint, contra singulos in solidum datur *l. 4. §. 4. ff. eodem*, quoniam servitutes individuæ sunt, & pro parte vindicari nequeunt *l. 17. ff. de Servit.* Secundariò tamen contra omnes turbantes *l. 10. §. 1. ff. si Servitus vindicetur l. 5. §. 1. ff. si Ususfructus pet.* utilis autem hæc actio conceditur adversùs omnes, qui aliorum jurium incorporalium usum impediunt, eorúmque quasi possessionem turbant, nec necessum est, ut reus quasi possideat, modò quædam turbatio ab illo moveatur, statim hæc Actio conceditur *arg. l. 6. §. 1. & l. 8. §. 3. ff. si Servit. vindic.* de subjecto passivo hujus Actionis videantur plura apud Schneidevv. *Instit. de Action. confessoria à n. 13.*

7 Objectum autem, seu res, quas actio Confessoria directa persequitur, sunt servitutes, tam reales; quàm personales, non minùs urbanæ, quàm rusticæ actualiter constitutæ, & traditæ §. *2. Inst. de Action.* promissæ enim, seu tantummodò debitæ, actione personali pro diversitate obligationis petuntur. Utilis autem Actio persequitur alia jura, & res incorporales, quemadmodum jus operarum à subditis exigendarum, Jurisdictionem, Jus Patronatûs, venationis, collectarum &c. consulatur post Gaill. *lib. 2. Observ. 6.* Bachov. *in Tract. de Action. thes. 23.* quinimò in hanc Actionem veniunt damna illata, fructus à turbante, seu impediente percepti, seu saltê, quò minus ab actore percipi potuerint, impediti, & aliud interesse *l. 4. §. 2. l. 6. §. 6. ff. si Servitus vindicetur l. 5. §. ult. ff. si Usufructus petat.* postulat autem actor, per Actionem hanc declarari, sibi competere jus in re, seu servitutem, & reum condemnari, ut in futurum desistat à turbatione, seu restituat servitutem: censetur autem eam restituere, si ab impedimento cesset, Manz. *in §. 2. Inst. de Action. n. 28.* & denique, ut eo nomine caveat, se & successores suos nullum ampliùs impedimentum oppositurus, & liberum illo jure utendi arbitrium permissuros *l. 12. ff. si Servitus vindic.*

Hæc Actio ex natura sua est perpetua, quia civilis, & rei persecutoria est, per ea, quæ suprà de Rei vindicatione dicta sunt, tametsi enim 8
sæpiùs tantummodo per decennium,

ſeu vicennium exerceatur, *per l. ult. Cod. de Præſcription. longi temp. l. ſcorruptionem Cod. de Uſufruct.* illud tamen ſolùm per conſequentiam evenit, non ex naturâ Actionis *arg. text. in principio Inſtit. de Perpetuis & temporalibus action.*

ACTIO

Negatoria.

SUMMARIUM.

1. *Quid ſit Actio Negatoria?*
2. *Cui detur, & adversùs quos?*
3. *Prima differentia inter actiones Reales, quæ pro rebus corporalibus, & illas, quæ pro rebus incorporalibus competunt.*
4. *Secunda differentia.*
5. *Exponuntur ultima verba §. æque* Inſtit. de Action.
6. *Opinio D. Schambogen.*
7. *Sententia mea.*
8. *& 9. Removentur objectiones.*

1 DUodecima, & quidem denuo realis, ac pro rebus incorporalibus competens, eſt actio Negatoria, & priori actioni Confeſſoriæ contraria. Deſcribi poteſt, quòd ſit actio Realis, quâ quis alteri ſervitutem in re ſua competere negat, & rem ſuam liberam declarari, reúmque condemnari, ut ab ulteriori turbatione deſiſtat, eóque nomine caveat, petit. *Argum. textuum in l. 2. & 4. §. 7. ff. ſi Servitus vindicetur, l. 5. ff. ſi Uſusfructus petatur.* cauſa ejus remota eſt Dominium, proxima autem libertas, regulatúrque ſecundùm naturam actionis Confeſſoriæ, præterquam quòd hæc ſit negativa, illa autem affirmativa.

2 Datur igitur directa Negatoria domino prædij liberi, & ab omni impoſito onere, vel ſervitute immunis, atque rem ſuam cuiquam ſervire neganti, tametſi ſit in quaſi poſſeſſione illius libertatis. Utilis autem competit illis, qui jus inferius, ſeu dominium utile obtinent, de quibus ſuperiùs de actione confeſſoria memoratum eſt, qui videlicet jus collectandi, venandi &c. adverſario competere negant. Datur adversùs ſervitutem prætendentes, & actoris libertatem impedientes, *l. 8. §. 5. l. 17. §. 1. ff. ſi Servitus vindicet.* adeòque ex parte actoris libertas, & ex parte rei turbatio ad fundandam hanc actionem probari debet; perſequitur autem libertatem prædij cum omni damno, & fructibus, quemadmodum in confeſſoria *l. 4. §. 2. ff. ſi Servit.* Oldendorp. *Claſ. 3. action.* 5. n.

5. n. 7. itidemque cautionem de non amplius turbando, *l. 12. ff. eodem.* circa tempus, quo prætendi solet, idem est discurrendum, quod de confessoria dictum est.

3 Illud tamen haud omittendum esse duxi, quòd nimirum multiplex sit differentia inter actiones reales, quæ pro rebus corporalibus proditæ sunt, & illas, quæ de rebus incorporalibus dari solent; desumuntur verò illæ *ex §. 2. Instit. de Action.* & prima quidem est, quòd in actionibus Realibus, pro rebus corporalibus à jure assignatis, non liceat agere negatoriè, sed solùm confessoriè, in actionibus autem realibus, pro rebus incorporalibus competentibus, & negatoriè, & confessoriè agi possit; ratio disparitatis est, quòd actor intentionem suam semper ex suo jure, non ex defectu juris, quod habet adversarius, fundare, & judici probare debeat, *l. 5. ff. si Ususfructus petat.* Mynsinger *in §. 2. Instit. de Action. n. 50.* nec enim per similem propositionem, *fundum à Sempronio possessum ideò peto, quia ejus non est*, actio fundaretur, cùm petitio neutiquam concluderet, tametsi enim non sit Sempronij, haud tamen sequitur, esse meum, in pari quippe causâ melior est conditio possidentis *c. in pari de Reg. Jur. in sexto.* in rebus autem incorporalibus negativa vim tacitam habet affirmativæ, quando enim actor negat, fundum suum alteri servire, simul affirmat, illum esse liberum, ac per consequens aliquid suum esse probat, *l. 4. §. 7. ff. si Servitus vindic.* Videatur Vinnius *Inst. dicto. loco n. 7. in fine.*

Altera est differentia, quódpro rebus corporalibus possessori nulla actio Realis à jure sit constituta, censuerunt enim jura, eam prorsùs non esse necessariam, sed sufficere ad suam securitatem, si rem possideat *dicto §. 2. Instit. de Action. l. 1. §. 6. ff. uti possidetis.* pro rebus incorporalibus autem non minùs datur actio possidenti, quàm non possidenti, atque ideo in actione Confessoria facilè evenire potest, ut idem sit possessor simul, & petitor *l. 6. §. 2. ff. si Servitus vindic.* disparitatis ratio fundamentalis est, quòd, si aliquis rem corporalem possideat, ei nemo possessionem intervertere possit, nisi per vim, ergo sicut priùs dictum est, sufficit, quòd possideat. Secùs autem est in rebus incorporalibus, servitutibus videlicet, talia enim jura plerumque consistunt in usu unius, & patientiâ alterius, fundanturque in re aliena, adeóque facilè talis usus & me ignorante etiam impediri, & ejus quasi possessio interverti potest, si nimirùm obscuratur foramen, in quod tignum erat immittendum, aut occludatur fundus, per quem mihi itineris jus, vel via patebat; in similibus ergo casibus alicui talis quasi possessio, quæ facilè intervertitur, non sufficit, sed necessum fuit, ei actionem hoc nomine prodere Manz: 4

in

in §. 2. Instit. de Action. Vinnius *eodem.*

5 Ultima adhuc sæpè allegato §. *æque Inst. de Action.* annexa verba relinquunt difficultatem, *sanè uno casu*, inquit Justin. *qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportuniùs apparebit.* quo loco plurimi DD. summè mirantur, Justinianum nos ad unicum casum inquirendum ad amplas Digestorum latebras ablegare, ac propterea non modicè redarguendum opinantur, quoniam talem casum tribus verbis designare potuisset, & hactenus neminem extitisse, qui illum casum invenerit, quemadmodũ post Donell. *in dict.* §. *n. 33.* putat Vinnius *eodem.* unde in expositione præcitatorum verborum tot sunt sententiæ, quot sunt capita; teste Arnoldo Rath *in dicto* §. *n. 99.* allegatus Donellus putat, legendum *sanè non uno casu* intelligendúmque, quòd possessor non uno, sed pluribus casibus actoris partes sustineat, in probandis videlicet exceptionibus, aut quando actor ultrò onus probandi in se suscipit, *l. 14. & 19. ff. de Probat.* & cùm plures tales sint casus, brevitatis studio à Justiniano eos ad latiora Digestorum volumina remissos esse contendit.

6 Alij autem, quorum fundamenta refert, & sequitur Schambogen *in dicto* §. *2.* existimant, casum illum, de quo Justinianus mentionem facit, esse casum actionis confessoriæ, & negatoriæ, de quo in præsentiarum, quemadmodum in simili loquitur Justin. §. *6. Instit. de Officio Judicis.* in verb. *ubi etiã sanè uno casu necessaria est adjudicatio*, illum exprimens casum, de quo agit; quòd autem dicatur illum casum petere ex latioribus Digestorum libris, subaudiendos vult prædictus Schambogen *titulos ff. si Ususfruct. petat.* vel *si Servitus vindicetur.* alij denique aliter, sicut videre est apud Vulteium & Mynsing. *in dictô* §.

Ego equidem ad exemplum aliorum plurimorum hanc controversiam, & cuivis, quid in hac discussionum varietate statuendum sit, cogitandum relinquere possem: quandoquidem autem in nostrâ Facultate Juridica quodammodo recepta est sententia, quam etiam ante hac Clariss. D. Rath. *in Tract. de Action. n. 99.* illustravit, quòd nimirum Justin. loquatur ibi de Rebus corporalibus, & unus detur casus, in quo possessori actio realis detur; eidem quoque accedere volo. Opinio hæc ex eo mihi stabilitur præcipuè, quòd Justinianus primò ponat regulam, quòd actio realis non detur possessori pro rebus corporalibus, pro incorporalibus autem semper: *in fine* §. deinde addat exceptionem, *sanè uno casu actoris partes obtinet*, ergo de rebus corporalibus intelligi debet, quoniam de incorporalibus universalem regulam priùs jam dederat, ac per consequens casum illum ex *L. 9. ff. de Rei vind.* esse 7

quæ-

quærendum, qui locus, ſicut monet laudatus D. Rath, ſat obvius, & veriſimilius eſt, Juſtinianum ad *rubricam de Rei vind.* reſpexiſſe, ſicut in aliis Inſtitutionum locis nos ad latiora Digeſtorum volumina remittit, vide *§. rurſus Inſt. de Action.* Caſus igitur illius *L. 9. ff. de Rei vind.* eſt, quo Dominus, qui ſimul eſt poſſeſſor, rem à commodatario, depoſitario, vel conductore, aliove ſimili detentore vindicat, certum enim eſt, illos non poſſidere, & tamen facultatem reſtituendi habere, proindéque Rei vindicatio adversùs illos conceditur, uti pluribus ſuprà *de Rei vind.* à me remonſtratum eſt.

8 Nec obſtat primò, quòd ex tali diſcurſu non ſequatur unus tantùm, ſed plures caſus: ergo verba Juſtiniani adhuc non verificentur; quoniam, tametſi ille caſus multas ſpecies ſub ſe conſtringere videatur, à parte rei tamen quaſi ad unum genus deduci poteſt, nec enim inſolitum eſt, in jure ſub nomine unius comprehendi, quod ſub uno genere latet, ſicut in terminis allegat: Rath. *dictò locò* expoſuit:

9 Nec obſtat ſecundò, quod præter alios urget Bachov. *in dictò §.* quòd nimirum commodatarius, vel depoſitarius, à commodante, vel deponente non poſſit conveniri Rei vindicatione; quoniam, ſi depoſitarius, comodatarius, nullâ vel dominij, vel poſſeſſionis controverſiâ deponenti aut commodanti movent, tunc deficit omne fundamentum Rei vindicationis, ſi enimverò rem depoſitam, ſeu commodatam eſſe negant, tunc commodanti, ſeu deponenti intervertitur poſſeſſio *l. 3. §. 18. L. 47. ff. de Acquir. vel amitt. poſſeſſ.* adeóque quà poſſeſſor Rei vindicatione adversùs commodantem, vel deponentem agere non poteſt. His tamen non obſtantibus, prior deciſio mea firma manet, reſpondeo enim, tametſi poſſeſſio per expreſſam depoſitarij, vel commodatarij negationem intervertatur, atque ut poſſeſſor in ſimili contingentiâ deponens, vel commodans agere, & caſus à Juſtiniano allatus verificari non poſſit, in contrario tamen caſu, quo depoſitarius, vel Commodatarius cauſam, ſeu titulum detentionis fatentur, & ex aliô capite vel perperam reddere, injuſtè recuſant, nego Rei vindicatione pulſari non poſſe, per text. expreſſum *in L. 9. ff. de Rei vind.* qui indiſtinctè, & generaliter loquitur, ergo etiam generaliter amplectendus eſt, nec enim mihi perſuadeo, in ſimili caſu Rei vindicationem fruſtraneam, ſed potiùs in caſu, quo Commodatarius extra locum domicilij ſeu contractûs verſatur, neceſſariam eſſe arbitror, quoniam actiones Perſonales, ſaltem loquendo de jure ſcripto Juſtinianeo, extra locum contractûs, ſeu domicilij inſtitui non poſſunt, *L. 1. & 2. ff. de Rebus authorit. Jud. poſſidend. l. 19. §. 1. & 2. ff. de Judic.* D. Rath *dictò locò n. 104.*

ACTIO

ACTIO

De pastu pecoris, & de pauperie.

SUMMARIUM.

1. *Quotuplici modo damnum ab animalibus detur.*
2. *Describitur actio* de pastu pecoris, *ejúsque subjectum.*
3. *An liceat animal damnum dans includere.*
4. *Definitur actio* de pauperie.
5. *Quæ ad eam requirantur.*
6. *Annotatur subjectum.*
7. *Subjicitur objectum.*
8. *Annotatur noxæ deditio.*

1 DEcima tertia Actio est, quæ ex *Rubric. si quadrup. pauper. feciss. dic.* descendit, pro cujus uberiori intellectu prænotandum, ab animalibus tam feris, quàm mansuetis, varijs modis damnum dari, aut enim secundùm, aut contra naturam suam dant; illo casu, si à fero animali seu bestia damnum est datum, nulla competit actio, nisi sit cicurata, adeóque in alicujus dominio. *l. 5. §. 5. ff. de acquir. rer. domin.* quandoquidem autem hodie supremi Principes, aut Respublicæ jus venandi sibi vindicant, damna à feris subdito illata resarcire tenentur. Covarruv. in *cap. peccatum de Reg. Jur. in 6.* Nicolaus Everhard. Junior *vol. 1. consil. 10. n. 58.* & Petr. Myllerus *in Struv. syntagm. jur. Civil. exercit. 14. thes. 2.* quando enimverò animal mansuetum secundùm suam naturam in fundo alieno, ultroneô motu fruges depascit, hoc casu datur actio de pastu pecoris.

Est hæc actio Civilis, personalis, 2
rei persecutoria, cujus causa remota est damnum datum, proxima est obligatio; datur illis, queîs damnum est datum, depascendô verb. gr. aut atterendô fructus, aut aliô quovis modô rem deteriorandô, & eorundem hæredibus, adversùs Dominum animalis; adversùs ejus verò hæredes non quà tales, sed ut animalis possessores, & quatenùs censentur ejusdem Domini, competit. *l. 1. §. fin. ff. si quadrup. paup. feciss. dic.* objectum ejus est resarcitio damni, aut, si mavult actor, noxæ deditio. videatur *l. 14. §. ult. ff. de præscript. verb.* utilis verò ista actio datur, quando fructus jam reconditi ab animalibus absumuntur, quemadmodú quando columbæ meæ in alieno granario damnum dant. Struvius *syntagm. jur. Civil. exercit. 14. thes. 3. ibique* Petr. Myller. *in not.* rationes contrarias vide apud Harprecht *Instit. si quadrup. paup.* fe-

fecisse dic. à num. 11.

3 Cùm igitur pro reparandis hisce damnis providè à jure decreta sint remedia, non licet animal mansuetum damnum dans includere, *l. 39. §. 1. ff. ad l. Aquil.* secùs est de generali consuetudine, teste Christoph. Richtero *decis. 5.* David. Mævio *ad jus Lubecens. lib. 3. art. 3. tit. 11. à n 9.* Si verò animal mansuetum contra naturam lascivo motu damnum dat, tunc vel fit culpa Domini, vel alicujus tertij, & hoc damnum reparatur actione L. Aquiliæ, aut culpâ ipsius læsi, & sibi id debet imputare. *L. 2. §. 1. ff. si quadrup. pauper. fecisse dic.* si denique nemine instigante contra sui generis naturam, ex insolita feritate atque pavore pauperiem fecit, oritur actio de pauperie.

4 Est hæc actio Civilis, personalis, rei persecutoria, cujus causa remota est noxa seu pauperies, quæ nihil aliud est, quàm damnum sine injuria datum; *L. 1. §. 3. ff. si quadr. paup. feciss. dic.* ratio hujus proditæ actionis est Lex naturalis per civilem vel humanam constitutionem explicata, si enim quis passus est ab animali damnum, ipsum animal manet læso obnoxium, saltem secundùm valorem sui. Dices: Dominus animalis ante commissum delictum habet jus in re, ergo posterior obligatio, quæ nascitur per noxiam animalis, non potest præjudicare Domino, cùm posterior Creditor, cui damnum est datum, solùm habeat jus ad rem. At facilis est responsio, etenim quemadmodum Dominus non potest considerari in re sua tanquam creditor, ita animal aliter habere nequit, nisi cum juribus animali annexis, *argt. l. 7. §. 1. ff. de damn. infect.* quamvis autem hæc actio directa in *L. 12. tabb.* ex quarum compilatione defluit, prodita tantùm sit ob pauperiem, ab animali quadrupede factam, juxta mentem tamen legis, utilis etiam concessa est eo casu, quo animal bipes damnum dedit, *L. penult. ff. si quadrup. pauper. feciss. dicat.* aut quando animal ex nativa sua indole ferum, sed per assuetionem cicuratum pauperiem fecit, *l. 5. §. 5. ff. de acquir. rer. dom.* ubi intelligo illud animalium genus, quod per assuetionem feram naturam exuere solet. *l. 2. §. fin. ff. ad L. Aquil.* Ad pauperiem verò à feris bestijs illatam, licet in custodia detineantur, utilis actio applicari nequit, quoniam verba, mens, & ratio legis cessat; *§. 1. Instit. si quadrup. paup. feciss. dicat. l. 1. §. 10. ff. eod.* Nec obstat *l. 1. §. 2. ff. itidem hic.* sub vocabulo enim *omnis quadrupes* intelliguntur sola animalia mansueta. minùs resistit *dict. l. 1. §. 6. & 7.* ibiquippe animalia fera accipiuntur oppositivè ad hominem. Ulteriùs non refragatur *L. 2. §. 1. ff. eod.* ubi nomine *canis* subauditur canis naturaliter mansuefactus, per accidens tamen ad ferocitatem redactus.

Patet

5 Patet igitur ex deductis, ad nativitatem hujus actionis requiri 1. ut damnum sit datum ab animali, non ab alijs rebus inanimatis, vel ut ædificijs ruinosis. *l. 44. ff. de damn. infect.* 2. ut animal sit irrationale, *princ. Instit. si quadrup. paup. feciss. dicat.* hinc resarciendum hac actione non venit damnum ab infante aut furioso datum. 3. ut animal sit alienum, hoc est, ne sit in dominio damnum patientis, hinc casu, quo animal proprium pauperiem fecit, & postea est alienatum, tamen alienanti non datur hæc actio, ex ratione, quòd actio non nata corpus sequi non possit. 4. ut animal non juxta naturam sui generis, & 5. denique, ut non culpâ hominis, sed proprio motu & spontanea lascivia damnum intulerit. *L. 1. §. 4. ff. eod.*

6 Porrò subjectum activum hujus actionis constituunt omnes illi, quorum interest damnum non esse datum, v. g. Dominus rei, commodatarius, fullo, *l. 2. ff. si quadrup. pauper. feciss. dic. ibique* Brunneman. Lautterbach. *ff. eod. thes. 16.* Struvius *Syntagm. jur. civil. exercit. 14. thes. 10.* horúmque hæredes. Subjectum passivum est Dominus animalis, qui tempore instituendæ actionis, non damni dati, ejus dominium habet, quia noxa caput sequitur, *L. 1. §. 12. ff. si quadrup. pauper. feciss. dic.* si tamen proprio motu animal pauperiem fecit, secùs, si ab alio animali fuerit concitatum, tunc enim actio porrigitur adversùs concitantis animalis Dominum, *l. 1. §. 8. ff. si quadrup. pauper. feciss. dicat.* quemadmodú, quando duo boves, vel arietes congrediuntur, & unus alterum occidit, si is, qui est aggressus, perijt, non datur actio, secùs si ille, qui ab altero provocatus est, ratio disparitatis inde patet, cùm provocatus non contrà naturam, sed se defendendi causâ damnum fecerit. *l. 1. §. 11. ff. eod.* Competit hæc actio 2. contra eum, qui se liti obtulit; *l. 7. ff. de interrog. in jur. fac.* 3. contra dolô malô possidere desinentem. *l. 12. l. 24. l. 39. ff. de noxal. action.* plures si sint animalis Domini, omnes equidem in solidum obstringuntur, unius tamen præstatione reliqui liberantur: adversùs hæredes non datur ut tales, sed ut possessores, & Dominos animalis. *l. 1. §. final. ff. si quadrup. paup. fec. dicat.*

Objectum hujus actionis est præstatio interesse, seu damni æstimatio, vel noxæ deditio, *l. 1. in princ. ff. eod.* ex hisque duobus modis competit reo convento electio. Damnum autem æstimatur secundùm æstimationem, quæ est tempore, quo datum est, non in præteritum, quemadmodum in *L. Aquilia* hinc liquet, hanc actionem esse verè rei persecutoriam. Si liber homo læsus est, datur quoque hæc actio, sed solùm ad impensas in curatione factas, operásque amissas, quásque amissurus est, si ad 7

eas inutilis factus sit, *l. final. ff. eod.* ex ratione, cùm liberum corpus non recipiat æstimationem, nisi fortè in fœminis innuptis, quæ ob obtingentem inde deformitatem non nisi majore dote in matrimonium elocari possunt.

8 Alterum membrum est noxæ deditio, sive animalis, quod damnum dedit, in damni resarcitionem à Domino facta deditio, estque, ut supra *praced. num.* annotatum, in rei electione, an æstimationis, an noxæ datione ab actione liberare se malit, hanc tamen ipsam electionem amittit per inficiationem, si animal suum esse neget, tunc enim præcisè damni æstimationem præstare tenetur. *l. 1. §. 15. ff. si quadrup. pauper. fecisse. dicat.* Cessat autem hæc actio, si animal ante litis contestationem absque Domini culpâ peremptum est. *l. 1. §. 13. ff. eod.* si verò post litem contestatam animal, & quidem Domini culpâ perijt, haud dubiè actio perdurat; si verò tertij cujusdam culpa intercesserit, prodita est Domino actio L. Aquiliæ, *l. 1. §. 16. ff. eod.* quam tamen cedendo liberatur; cœteroquin hæc actio, ad instar aliarum actionum civilium, perpetua est.

ACTIO

Legis Aquiliæ.

SUMMARIUM.

1. *Quid* Lex Aquilia, *& quot ejus capita?*
2. *Quid sit actio* L. Aquiliæ, *& quæ ejus requisita?*
3. *Removetur objectio.*
4. *Cui detur.*
5. *Diluitur objectio.*
6. *Contra quem detur.*
7. *An contra illum competat, in cujus ædibus incendium est exortum.*
8. *Respondetur ad objectionem.*
9. *An ille hac actione obstringatur, qui ob metum incendij vicini ædes dissipavit?*
10. *An etiam ille, qui culpâ levissimâ damnum dedit, quam natura contractûs remisit?*
11. *Resolvitur objectio.*
12. *Diluitur alia instantia.*
13. *An præstetur culpa omissionis?*
14. *Respondetur ad text. in* L. 13. §. 2. ff. de usufr.
15. *Quid si plures damnum dederint.*
16. *Latè probatur, hanc actionem in hæredes non dari.*
17. *Resolvitur textus in* L. 23. §. 8. ff. ad L. Aquil.
18. *Designatur objectum hujus actionis.*
19. *Conciliatur text. in* L. 11. §. 3. ff.

3. ff. ad L. Aquil. & L. 51. ff. eod.

20. Deducuntur requisita ad actionem directam & utilem.

1 DEcima quarta actio est legis Aquiliæ, quæ defluit ex plebiscito, quod Aquilio Tribuno interrogante à plebe Romana fuit promulgatum, per quam legem omnibus alijs antecedenter de damno injuriâ datô constitutis legibus est derogatum. *l. 1. ff. ad l. Aquil.* Wisenbach. *ad Pandect. disput. 21. thes. 6.* Donell. *comment. lib. 21. cap. 3.* Petr. Myllerus *in not. ad Struv. Syntagm. iur. civil. exercit. 14. thes. 18.* vindicatur autem per hanc legem damnum injuriâ facientis per rei corruptionem datum, restántq; hodiedum hujus legis duo capita, primum & tertium; in primo agitur de servis alienis, & quadrupedibus, quæ pecudum numerô sunt, occisis, constituitúrque, ut, si quis servum vel tale animal occiderit, non quanti fuerit eo tempore, quô occiditur, sed quanti eô annô plurimi unquam fuit, æstimationem præstet, *l. 2. l. 21. l. 23. §. 3. ff. ad l. Aquil.* in tertio verò capite agitur de alijs damnis, non de pecoribus vel servis occisis; cavetur namque, ut, si quis servum vel quadrupedem, quæ pecudum numerò est, vulneraverit, aliámve rem inanimatá corruperit, damni loco æstimationem præstet, quanti ea res in proximè præteritis 30. diebus fuit, *l. 27. §. 5. ff. eod.* & hinc jocantur, Aquilium oculos in occipite habuisse, eò quòd æstimatione servi aut pecudis non præsentem, sed præteritam definiverit; secundum caput jam mediæ Jurisprudentiæ tempore in desuetudinem abactum est, *l. 27. §. 4. ff. eod.* quid illo capite cautum fuerit, decertant Doctores, magisque divinant, quàm eradicant.

Ad hoc igitur, ut hoc delictum 2
consurgat, duo conjunctim deposcuntur, 1. diminutio patrimonij, seu corruptio rei nostræ, *l. 27. §. 13. & 16. ff. ad l. Aquil.* 2. ut dolô vel culpâ quâvis, etiam levissimâ damnum sit datum, *l. 44. ff. eod.* ex quo delictô enascitur actio l. Aquiliæ civilis, personalis, mixta, partim rei persecutoria, partim pœnalis, perpetua, *§. 9. instit. de l. Aquil.* causa ejus remota est delictum, proxima est obligatio.

Nec adversatur, quód sæpè per 3
actionem hanc persequamur id, quod merissimè nobis abest, quoniam ex natura suâ ultrà damni dati æstimationem porrigitur, & temeritatem rei conventi coercet; pœnales enim actiones non unius sunt naturæ, aliæ enim sunt absolutè tales, quêis persequimur id, quod nobis non abest, nec reo adest, aliæ sunt certo solummodò respectu pœnales, quêis persequimur, quod nobis abest, reo verò non adest; in postremas has refertur actio l. Aquiliæ.

Datur hæc actio omnibus, quo- 4
rum interest damnum non esse datum, interesse autem versatur vel in

 jure

jure in re, vel jure ad rem, hinc directa est prodita Domino, utilis Usufructuario, aut alij jus in re habenti, *l. 11. §. 6. & §. ult. ff. ad l. Aquil.* Usufructuarius autem agit solùm ad interesse, quod per corruptionem rei in usumfructum concessæ est interceptum, *l. 12. ff. eod.* creditori ratione pignoris non conceditur, sed Domino, seu debitori, si sit solvendo, si minùs, Creditori erit permittenda ad quantitatem debiti, quod tamen hic consequitur, debitori prodest ad diminuendam debiti quantitatem. *l. 30. §. 1. ff. dict. tit.* si quis verò solummodò jus ad rem habet, actio hæc ei accommodari nequit, *l. 11. §. 9. ff. ad l. Aquil.* hinc si res commodatario, conductori, aut fulloni corrupta sit, vel ei damnum datum, hæc actio non datur.

5 Nec resistit textus in *l. 2. ff. si quadrup. pauper. feciss. dic.* ubi commodatario conceditur actio de pauperie, ergo à paritate rationis quoque concedenda erit actio l. Aquiliæ; quoniam homo faciliùs potest rebus damnum inferre, quàm bruta, quod, si culpam præstet levissimam, facilè avertere potest.

6 Competit hæc actio contra damnum injuriâ dantem, sive dein ipse dedit, sive mandatô ejus alius. *l. 37. ff. ad l. Aquil.* in mandatario tamen intercedit aliqua distinctio, vel enim mandans habuit jus imperandi, & cum solo mandante est agendum, quoniam in ijs, quæ atrocitatem facinoris non complectuntur, ignoscitur servis & filijsfamilias, qui Dominis suis & Patribus obtemperant. *l. 169. ff. de R. J.* vel fuit Extraneus, cui imperari non potuit, & tunc cum mandatario quoque agi potest. *l. 37. ff. ad l. Aquil.*

Dubium autem in hac actione est primò, utrùm porrigatur adversùs illum, in cujus ædibus incendium est exortum? pro resolutione hujus dubij inprimis certum est, quòd, si incendium ab incendiarijs vel grassatoribus fuerit immissum, inquilinus non obstringatur, cùm hoc incendium ad casus fortuitos referatur. *l. 23. ff. de R. J.* 2. indubitatum quoque est, si constet culpâ inhabitantis obortum esse incendium, eum absolutè teneri, cùm in damno injuria dato sufficiat omnis culpa, *l. 44. ff. ad l. Aquil.* eo verò casu, quo non liquet, an culpâ inhabitatoris, an verò casu fortuitô sit obortum, dubij cardo vertitur; omissis aliorum hac in parte congestis disputationibus, succinctè Respondeo, in dubio incendium culpâ inhabitantium subortum esse præsumi debere, *l. 3. §. 1. ff. de offic. præfect. vigil. l. 11. ff. de peric. & commod. rei vend.* in quibus locis perspicuè asseritur, incendia culpâ inhabitantium esse exorta; tanta autem præsumptionis vis est, ut onus probandi reijciat in illum, adversùs quem militat, *l. ult. ff. quod met. caus. Cap. fin. Extr. de præsumpt.* ergo, nisi singuli habitantes suam doceant innocentiam, universi veniunt condemnandi; unus solus si sit paterfamilias, ejus aut familiæ illius culpâ excita-

7

tum censetur. Brunnem. & plures ibi allegati in *l. 3. §. 1. ff. de offic. Præf. vigil.*

8 Non obstat, quòd, quando in navi, caupona, vel stabulo ortum est incendium, determinati hominis culpa ostendi debeat, ad hoc, ut caupo possit condemnari, *l. 6. § ult. Naut. Caup. & stab. &c.* Resp. enim, rationem disparitatis solidari in eo, quòd caupo, stabularius, & similes illorum tantummodò factum præstent, quorum operâ utuntur, non verò hospitum vel viatorum, horum enim culpâ si damnum emerserit, non obligantur, *dict. l. 6. §. penult. ff. eod.* paterfamilias verò totius suæ familiæ factum præstat, per consequens non liberatur, nisi probet, se eam adhibuisse diligentiam & curam, quam homines frugi præstant. Urgent argumentum passim, quamvis præsumatur incendium culpâ inhabitantium suboriri, non tamen in specie præsumitur culpa patrisfamilias; *l. 11. ff. de peric. & commod. rei vend.* hæc tamen argumenti prosecutio non stringit, quoniam, licet culpa patrisfamilias abesse possit, ejus tamen culpâ excitatum esse incendium præsumitur, hinc aliter non liberatur, nisi probet, accuratam se impendisse curam, quâ probatâ immunis erit, etiamsi exinde liqueat, certæ personæ socordiâ incendium esse subortum, quoniam extra casus à jure expressos culpam familiæ non præstat. *l. 11. cit. dict. tit.* conferatur Vinnius *select. quæst. libr. 1. cap. 33.* Bacchov. *in Treutl. vol. 1. disput. 18. thes. 8. lit. C.*

Ille verò, qui vicinas ædes ob metum incendij imminentis dissipavit, 9
hac actione pulsari nequit, si morale fuit periculum, *l. 49. §. 1. ff. ad l. Aquil.* si autem judiciô prudentûm hominum tale non fuit, obstringitur ad refusionem æstimationis. *l. 7. §. 4. ff. quod vi aut clam.* Brunnem. *in dict. l. 49. §. 1. ff. ad l. Aquil.* damnum verò propter eversas ob metum incendij ædes à vicinis reparandum esse arbitrantur Duarenus *ff. ad l. Rhod. de jact. c. 2.* Bacchovius *in Treutl. vol. 1. disput. 18. thes. 8. litt. B.* Struvius *Syntag. jur. civil. exercit. 20. thes. 27.*

Altera gravissimorum Auctorum 10
dissidio in dubium evocata est quæstio, utrùm ille actione l. Aquil. conveniri possit, qui culpâ levissimâ damnum dedit, quem natura contractûs à præstatione culpæ levissimæ eximit, e. g. si conductor in re locata, vel depositarius in re deposita culpâ levissimâ, ad quam ex naturâ contractûs non obstringitur, damnum dedit? Negativa præplacet, quam etiam tuetur Covarruv. *part. 2. de matr. cap. 6. §. 8. n. 14.* Molina *de Just. & jur. tract. 2. disput. 687.* Struvius *Syntagm. jur. civil. exercit. 14. thes. 20.* Eckolt. *ff. ad l. Aquil. §. 1.* illud enim damnum non censetur injustè esse datũ, quod accidit per culpam, quam leges remittunt, ad instar damni per casum fortuitum dati, sicut namque casum fortuitum quis cavere non potuit, ita hanc culpam levissimam aver-

avertere non debuit, aliàs si depositarius, conductor, aut alij similes adstringi possent ad damni culpâ levissima dati reparationem, fatendum foret, leges hanc culpam in contractibus remittentes non rebus, sed verbis promulgatas esse.

11 Opponunt 1. *l. 5. §. final. ff. ad l. Aquil.* ubi Magister Discipulum eluscâsse ponitur; ambigit hîc ICtus, an locati actio moveri possit, de actione vero l. Aquil. non dubitat, ergo poterit dari actio l. Aquil. quin detur actio locati. Sed non obstat *cit. l.* quoniam ibi non negat ICtus, dari actionem locati, sed dicit, satius esse, agere actione l. Aquiliæ, tanquam minùs dubia, quòd autem etiam habeat locum actio locati, clarè ostendit *l. 13. §. 4. ff. locat.* adeóque per hoc argumentum non probatur dari actionem l. Aquiliæ, quando non habet locum actio locati; cur autem ICtus de actione locati dubitaverit, ratio saltem conjecturalis assignari poteſt, quoniam damnum in corpore libero datum directè pecuniarium dici, & ideò in actionem locati deduci nequit. Urgent: actio noxalis non rarò locum sortitur, quin tamen actio locati obtineat, *l. 45. ff. locat.* ergo etiam actio l. Aquiliæ. Resp. in casu *cit. l.* servi conductoris damnum locatori in ædibus locatis dederunt, per consequens non concurrit contractus cum actione l. Aquiliæ.

12 Instant ulteriùs: si conductor & Extraneus culpâ levissimâ damnum darent, sequeretur, posteriorem obstringi, non priorem, quod videtur absurdum, siquidem magis peccat prior, quam posterior. Brunnem *in l. 44. ff. ad l. Aquil.* At ego non penetro, quomodo magis delinquat conductor, quàm Extraneus, quoniam ei à legibus culpa levissima remittitur, non verò Extraneo, quemadmodum non est absurdum, quando conductor & commodatarius culpam levissimam committunt, illum non adstringi, benè verò hunc, ergo nec, si conductor, & Extraneus eam committant culpam, absurdum erit, illum absolvendum, hunc condemnandum esse.

Tertia controversia est, utrùm in 13 l. Aquilia non solùm culpa levissima commissionis, sed etiam omissionis sit præstanda? Negativam præter alios defendit Zœsius *ff. ad l. Aquil. n. 7.* Ego affirmativam amplector cum Molina *de Just. & jur. tract. 2. disput 698.* Struv. *Syntagm. jur. civil. exercit. 14. thes. 20.* ibique Petr. Myller. quæ varijs poteſt stabiliri exemplis; 1. si Medicus, qui benè secuit, curationem subin dereliquit, Lege Aquilia tenetur, *l. 8. ff. ad l. Aquil.* arguunt quidem, Medici factum præcessisse, sed parùm solidè, nec enim factum Medici benè secantis ad l. Aquiliam pertinet, sed nuda omissio curæ, consequenter pura culpa omissionis vindicatur. 2. si fornicarius ad ignem obdormivit, exortô exinde incendiô, per quod damnum vicinis est datum, conductor tenetur ex l. Aquilia, *l. 27. §. 9. ff. eod.* ergo culpa omis-

ſionis vindicatur l. Aquilia. 3. ſi Titius e. g. ſcit vidétque ſervum ſuum vulnerare ſervum Caij, nec prohibet, cùm prohibere potuiſſet, l. Aquilia tenetur; *l. 45. ff. dict. tit.* aut 4. ſi navis tua in meam impacta Scapham damnum mihi dedit, quod nautæ facilè avertere potuiſſent, lege Aquilia teneris. *l. 29. §. 2. ff. eod.* ſunt & alia plura exempla, quæ adducit *cit.* Myllerus *in not. ad Struv. d. loc.*

14 Nec obſtat, quòd ille, qui agrum non proſcindit, nec vites ſubſerit, non teneatur L. Aquilia, *l. 13. §. 2. ff. de Uſufr.* non enim quodvis damnum l. Aquilia vindicatur, ſed illud ſolùm, quod rei corruptione infertur, non etiam illud, quod re illæsâ ſolùm ob deficiens lucrum nobis obtingit: hinc qui agros non proſcindit, aut vites non ſubſerit, rem noſtram non corrumpit, ſed duntaxat lucrum futurum intercludit, adeóque non tam rem, quàm ſpem noſtram imminuit.

15 Porrò plures ſi damnum dederunt, in quantum hæc actio eſt pœnalis, id eſt, quatenùs ultra modum damni dati lis æſtimatur, omnes tenentur in ſolidum, nec unô ſolvente reliqui liberantur, quia tot ſunt pœnæ, quot ſunt delicta, *l. 11. §. 2. in fin. & §. 4. ff. ad l. Aquil.* in quantum autem eſt rei perſecutoria, ſinguli equidem obſtringuntur in ſolidum, unô tamen ſolvente cœteri liberantur.

16 Dubium hîc haud levis disquiſitionis eſt, utrùm hæc actio ideò in hæredes non detur, quia eſt pœnalis, & hæc ſit cauſa negandi, dari eam adversùs hæredes? affirmativa liquere videtur ex *§. 9. Inſt. & l. 23. §. 8. ff. eod.* Mihi negativa placet, ſi enim ideò actio pœnalis in hæredes non datur, quia pœnalis eſt, & ex delicto deſcendit, ſequitur manifeſtè actiones rei perſecutorias ex delicto deſcendentes tranſire in hæredes delinquentis, quæ ſequela juris rationi repugnat, cùm hæres in delictis defunctum repræſentare non poſſit, quemadmodum in præliminaribus aſſertum eſt; nulla verò in hæredem datur actio, niſi quatenus is defunctum repræſentat; Probatur hæc aſſertio 2. ex illo juris axiomate paſſim recepto, quòd actiones rei perſecutoriæ ex delicto deſcendentes in hæredes transmittantur, in quantum ad eos pervenit, *l. 7. §. ult. l. 8. ff. de act. tribut. l. 17. §. 1. l. 26. l. 27. ff. de dol. mal. l. 4. §. ult. l. 7. ff. de alienat. judic. mut. cauſ. fact.* ergo niſi aliquid pervenerit, non dantur, quod oſtenditur 3. ex *l. unic. Cod. de delict. defunct.* ubi generalis regula formatur, quòd actiones ex delicto deſcendentes in hæredes dentur, in quantum pervenit, absque ulla diſtinctione, an ſit rei perſecutoria, an verò pœnalis, addatur *l. 44. ff. de R. J.* ratio ulterior eſt, *quoniam facinoribus defunctorum de eo, quod pervenit, actio detur, cùm ſufficiat in lucro eum non verſari, non etiam damno affici*, quemadmodum diſcurrit Ulpianus in *l. 3. ff. de vi & vi armat.*

Sed sententia hæc superiùs jam sufficienter est discussa, & ad §. 9. *Inst. hic.* assertum, rationes non semper concludere ab Universali, quod hîc obtingit, si enim in actione l. Aquiliæ lis ultra damnum etiam non æstimetur, tamen adversùs hæredes non datur, ergo ratio ab Imperatore adjecta non concludit.

17 Quòd autem in *dict. l. 23. §. 8.* ab Ulpiano dicatur, transmitti ad hæredes, si locupletiores sint facti, variè à DD. exponitur, in speciè à Widmont *ff. hic n. 71.* ubi exemplũ quoque efformat, sed tale, quod magis speciem furti cum lucri faciendi animo sortitur, quàm damnum injuriâ datum, quod sola rei corruptione committitur.

18 Objectum hujus actionis constituunt res, quæ per eam petuntur; postulamus verò damni æstimationem ad id tempus relatam, quô res vel intra annum, vel 30. dies proximos plurimi fuit. §. 9. *& 11. Instit. hic.* & si reus inficiatur damnum à se esse datum, mendacijque convictus sit, ad alterum quoque tantum, id est, duplum competit. *l. 2. §. 1. l. 23. §. 10. ff. eod.* habetur quoque iu hac actione ratio interesse extrinseci, & omnis interversæ utilitatis, causæ adhærentis. *l. 21. §. ult. l. 22. ff. hic.* hinc si fortè hæres institutus ante aditam hæreditatem fuit peremptus, amissæ quoque hæreditatis æstimatio peti potest. *l. 23. ff. eod.* dubium hic exardescit, utrùm cicatricis seu deformitatis habeatur ratio? Si ICti Caij regulam respicias in *l. ult. ff. de his, qui effud. vel dejec.* tunc negativa est salva, limitatur tamen in deformatione Virginis, quæ honestè elocari non potest, nisi auctâ dote, etsi enim cicatricis & liberi corporis non habeatur æstimatio, habetur tamen damni ex cicatrice resultantis ratio, quemadmodum si homo liber sit vulneratus, damnum operarum & impendiorum in æstimationem venit. *l. 7. ff. hîc.*

Altera contentio suborlri videtur 19
inter Ulpianum in *l. 11. §. 3. ff. hîc.* & Julianum in *l. 51. ff. eod.* in quibus locis ventilatur quæstio, utrùm, si unus servum vulneraverit, alter verò omninò occiderit, uterque de occiso teneatur? Julianus utrumq; de occiso, Ulpianus verò vulnerantem de solo vulnerato teneri ait. Ego Resp. aut vulnus fuit absolutè lethale, & uterque de occiso obstringitur, aut non fuit tale, & vulnerans de solo vulnere tenetur. Wisenbach *ad Pandect. disput. 21. thes. 54.* Brunnem. *in dict. l. 11. §. 3. ff. ad l. Aquil.* & plures ibi relati: quòd si verò exortâ rixâ plures servum occiderunt, tunc, si agatur l. Aquilia, omnes tenentur, *dict. text.*

Ex quibus igitur patet, ad hoc, ut 20
actio directa competat, tria requiri; 1. ut agens sit Dominus, 2. ut damnum sit datum corpore in corpus, 3. ut corruptione rei. utilis verò, quæ descendit ex mente & ratione legis, datur illis, qui habent jus in re, vel 2. si damnum non est datum corpore, in corpus tamen, *l. 11.*

§. *fin. ff. hic*, aut 3. si liber homo damnum sit passus, *l. 13. ff. eod.* quodsi verò postremò damnum equidem sit injuriâ datum, sed nec corpore, nec in corpus, tunc nec ex verbis lege Aquiliæ prodita est actio, sed à Prætore in subsidium actio in factum, per quam reparatur damnum, e. g. vinctus ab aliquo solvitur canis, ut auffugeret, æquum est, ut hoc damnum pensetur, eamque ob rem Prætor aliàs æquitate plenus, in defectum & verborum & rationis l. Aquiliæ hoc remedium seu actionem in factum suffecit. §. *ult. Instit. hic.* coeteroquin actio l. Aquiliæ est perpetua, juxta innatam indolem actionum Civilium.

ACTIO

Ex Edicto, de his, qui effud. vel dejec.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit quasi delictum.*
2. *Describitur hac actio.*
3. *Ad quid detur, si homo liber est peremptus.*
4. *Quid si homini libero fuerit nocitum.*
5. *Adversus quem detur.*
6. *Solvitur objectio.*
7. *Quidsi plures habitent pro diviso.*
8. *Describitur objectum.*
9. *Quamdiu duret.*

1 NAscitur decima quinta hæc actio ex *tit. ff. de his, qui dejec. vel effud.* fundamentũ seu causa remota est quasi delictũ, quod variè describi solet, alij enim, quos inter est Hubertus Gyphanius in *princ. Inst. de oblig. quæ ex quas. delict.* definiunt, quòd sit factum, unde lex sine dolô rei actionem producit; alij asserunt esse delictum, quod culpâ committitur, propriè verò est factum, quod absque dolo & culpâ latâ, imperitiâ, seu propriâ negligentiâ, aut alienâ committitur; varias ejusdem delineationes vide apud Petr. Myller. *in not. ad Struv. exercit. 14. thes. 28.*

Actio hæc est Prætoria, *L. 1. ff. hic.* personalis, mixta, partim poenalis, partim rei persecutoria, quin subinde merè poenalis; quemadmodũ verò damnũ, quod contingit, est varium, ita quoque hæc actio non semper ad idem tendit, causa tamen ejus proxima semper est obligatio, ut in omnibus actionibus personalibus. Struvius *Synt. jur. civil. exercit. 14. thes. 28.* Amadeus Eckolt *ff. hic.* Lautterbach. *eod.* si igitur per effusionem vel dejectionem damnum est datum in rebus æstimabilibus, velut in vestibus 2

aut alijs, sive deinde hoc contigerit in Civitate, pago, aut in via publica, si fortè juxta eam sunt ædificia, tunc hæc actio illi, qui damnum est passus, ad duplum datur, *L. 1. ff. hic.* ratio est, ut metu pœnæ itinera & viæ publicæ conserventur tutiores, quod communis salutis & Reipublicæ maximè interest. Wesenbec. *ff. hic. n. 5.* in hoc igitur casu mixta est, partim pœnalis, partim rei persecutoria.

3 Secundus casus est, quô per dejectionem vel effusionem homo transiens peremptus est, & in hoc casu actio est popularis, hinc nec hæredibus, nec in hæredes porrigitur. *L. 5. §. 5. ff. de his, qui effud. vel dejec.* in duplum tamen, ut in priori casu, non est concepta, cùm liberi hominis nulla sit æstimatio, sed agitur ad pœnam 50. aureorum, *L. 1. ff. eod.* Petr. Myller. *in Struv. dict. exercit. 14. thes. 31.* illi verò, quorum præcipuè interest, præferuntur, *dict. l. 5. §. 5. ff. eod.* hodie tamen pœna est arbitraria, & uxori ac liberis applicanda. vide, quæ in hanc rem scribit Myllerus *in Struv. dict. loc.*

4 Tertius casus est, quô homini in corpore fuit damnum illatum, quô casu arbitraria est, & conceditur, in quantum Judici videtur, æstimare autem debet mercedem Medicis & Chyrurgis præstitam, operas amissas, & alias expensas in curatione factas. *L. 1. & l. fin. ff. de his, qui effud. vel dejec.* ipse læsus si agat, perpetua, si alius de populo experiri velit, annalis est, siquidem respectu Extranei merè est pœnalis; hæredibus hæc actio jure hæreditario non conceditur, non hæredibus Extranei, cùm sit popularis, adeóque eis, non ut hæredibus, sed ut civibus & omnibus de populo competat, nec hæredibus læsi, seu illius, cui est damnum datum, cùm læsio corpori illata non sit damnum pecuniarium, aut directè patrimonio irrogatum, *l. 5. §. 5. in fin. ff. eod.* cujus ratio ibi datur, cùm actio oriatur ex æquo & bono.

Subjectum passivum hujus actionis constituunt personæ, adversùs quas datur. Conceditur verò hæc actio contra inhabitantem illas ædes seu ædificium, unde est dejectum, vel effusum, non adversùs Dominum ædium, nisi ipse sit simul habitator, potest enim quis habitare vel in suo, vel in conducto, vel in gratuito, *l. 1. §. 9. ff. hic.* si plures sint pro indiviso easdem ædes inhabitantes, adversùs quemvis in solidum datur, *l. 1. §. ult. ff. eod.* nisi constet, quis eorum dejecerit; si tamen cum uno fuerit actum, & pœna ab eo actualiter soluta, reliqui liberantur, *l. 3. ff. dict. tit.* non autem per solam litis contestationē; *l. 4. ff. eod.* id verò, quod conventus pro reliquis præstitit, actione pro socio juxta cujusvis ratā repetere potest, *dict. l. 4. ibique* Gloss. Struv. *syntagm. Jur. Civil. exercit. 14. thes. 33.* Lautterbach. *ff. hic. §. 7.* 5

Dices

6 Dices: in veris delictis uno pœnam ſolvente cœteri non liberantur, *l. 11. §. 2. ff. ad l. Aquil.* ergo neque in quaſi delictis. Reſp. nego paritatem, in quaſi delictis enim, & præſertim in hoc actio conceditur, non ob propriam habitatoris culpam, ſed ob incertitudinem, & præſumptam ex facto alieno ſubnaſcentem culpam; *l. 2. ff. hic.* ſecùs eſt in veris delictis, in his enim tot ſunt delicta, quot ſunt perſonæ. *l. 34. ff. de injur.* & *l. 51. §. fin. ff. ad l. Aquil.* vide latè differentem Brunneman. in *l. 11. §. 2. ff. ad l. Aquil.* Oppones 2. in delictis non poteſt ſocietatis judiciô ab alijs peti, quod ab uno eſt præſtitum, ergo nec, quod in hoc quaſi delicto eſt ſolutum, poterit à reliquis exigi. Reſpondeo, in veris delictis factum plurium attenditur, & hinc ſocietas in his conſurgere nequit, in quaſi delictis unius factum conſideratur. Petrus Myllerus in *Not. ad Struvium ſynt. Jur. civil. exercit. 14. theſ. 33.*

7 Quando plures habitant pro diviſo, ſolùm adversùs eum datur actio, ex cujus parte effuſum aut dejectum eſt. *l. 5. in princ. ff. hic.* Struvius *cit. exercit. 14. theſ. 33.* Lautterbach *ff. hic. theſ. 7.* caſu verò, quo conſtat, à quo fuerit effuſum aut dejectum, id, quod ratione damni illati præſtitit habitator, actione in factum à dejectore repetere poteſt. *l. 5. §. 4. ff. hic.* nulla quoque inter habitatores interponenda eſt differentia, utrùm pater, aut filiusfamilias ſit, nec enim hæc actio adversùs patrem porrigitur, quando ex cænaculo filij eſt dejectum vel effuſum, *l. 1. §. 7. ff. hic.* ex ratione, cum non ſit ex contractu. Utilis hæc actio datur quoque adversùs præpoſitum navi, *l. penult. §. fin. ff. hic.*

Porrò objectum hujus actionis ſuperius non ſolùm eſt attactum, ſed & plenè deductum, variat namque ilud à vario caſu, quo actio eſt prodita; etenim ſi damnum eſt datum in rebus æſtimabilibus, in duplum eſt concepta actio, ſi verò damnum obtigit corpori libero, pœna vel potiùs æſtimatio eſt arbitraria ſecundùm judicium Magiſtratûs, ſingulas circumſtantias perpendentis, ſi denique per dejectionem vel effuſionem homo omninò perijt, locô pœnæ 50. ſolidos perſequitur, quemadmodum paulò ante deductum fuit. 8

Ut objectum hujus actionis eſt varium, ita & ejus vita non eſt eadem: quando competit pro damno in rebus æſtimabilibus dato reparando, in quantum eſt rei perſecutoria & in ſimplum, erit perpetua. Bacchov. *in Weſenbec. ff. hic. n. 6.* pariter ſi movetur de eo, quòd homini libero nocitum ſit, reſpectu ejus, cujus intereſt, perpetua erit, cùm non ſit pœnalis, ſed rei perſecutoria; reſpectu verò Extranei annalis eſt, cùm ſit popularis & pœnalis; idem aſſerendum eô caſu, quô homo liber eſt peremptus, cùm & tunc popularis ſit 9

1 DEcimum septimum locum sortiuntur actiones noxales, à noxa, quæ à nocendo derivatur, sic dictæ. Varijs autem modis in jure accipitur noxa, primò enim denotat ipsum factum seu delictum à servo commissum. *l. 1. ff. de action. noxal.* §. 5. *Inst. eod. l. 7. §. 1. ff. de damn. infect.* 2. accipitur pro facti seu commissi qualitate, vel pro dolo & fraude; *l. 131. ff. de V. S.* exemplum nobis præter alia præbet Instrumentum Pacis Osnabrugensis, in quo sæpiùs reperiuntur hæc verba, *sine noxa* teste Myllero in Struvium *ff. hic.* & Lauterbach. *eodem.* 2. accipitur pro obligatione, & inde fluente actione, id est, pro reatu ex tali facto descendente, §. 5. *Instit. hic l. 20. ff. eod. l. 17. §. 17. ff. de ædilit. Edict.* ubi asseritur *Servus noxâ solutus.* 4. sumitur pro damno, quod per delictum irrogatur, ut *in l. 1. §. 11. ff. si quadrup. paup. fec. dic.* accipitur, ubi dicitur *noxa resarciri.* 5. denique non rarò accipitur pro ipso corpore, quod nocuit, §. 1. *Instit. de noxal. action.* & pro ipsâ pœna, hinc asseritur servus vel animal *noxæ dari*, vel *in noxam*, *l. 1. §. 11. & §. 14. ff. si quadrup. paup. &c.* quæ deditio antiquissima est, & quodamodò ex lege Mosaica orginem trahens, teste Myllero in Struvium *ff. hic. thes. 42.* cœteroquin noxa dicitur ipsum corpus, quòd nocet, noxia autem ipsum delictum. §. *1. Instit. de noxal. act.*

2 His pro notitia præmissis, ex ratione Juris liquet, adversùs servos actionem ex eorum delictis ortam inanem fore, partim cùm non sortiantur legitimam personam standi in judicio, siquidem inspecto jure Civili pro mortuis habentur, partim cùm nulla eis suppetant remedia, quêis satisfacere possent, quamobrem in Dominos eorum hæ actiones ideo obliquantur, tum quoniam culpâ non destituuntur, qui malorum hominum operâ & obsequijs fruuntur, *l. penult. §. 2. ff. de his, qui effud. vel deiec.* tum etiam, quoniam omnia servorum commoda & utilitates sentiunt Domini, ergo æquitati consonum est, ut sustineant detrimenta, quæ per eos accidunt.

Sunt igitur actiones noxales, personales, ex privatis servorum delictis ortæ, & novâ qualitate adversùs eorum Dominos directæ, ad hoc, ut vel litis æstimationem præstare, vel servos noxæ dedere adstringantur. Struvius *Syntagm. jur. civil. exercit. 14. thes. 42.* Eckolt, & Lauterbach. *ff. eod.* exinde sequitur, causam harum actionum remotam esse delicta servorum privata, exclusis publicis criminibus, ob quæ in ipsos animadvertitur servos; per *l. 12. §. fin. ff. de accus. l. 2. Cod. eod.* submoventur hoc in passu quoque contractus ob quos Dominus ex præsumpta voluntate pulsatur actione de peculio. §. 5. *Inst. hic.* & *l. 1. §. 8. ff. de his, qui effud. vel dejec.* causa proxima est obligatio per adjectam qualitatem prætoriam 3

in

in Dominos protenſa, cujus qualitatis ratione, communi loquendi uſu dativa paſſim dici ſolet, ex naturâ enim ſuâ daretur ſolùm adversùs delinquentem. Georg. Franzk. *ff. hic num. 4.*

4 Subjectum activum harum actionum conſtituunt omnes, qui per privata ſervorum delicta, e.g. furta, rapinas, injurias, &c. damnum perpeſſi ſunt; paſſivum autem ſunt ſervorum Domini, habent tamen electionem, utrùm velint damni æſtimationem præſtare, vel ſervum noxæ dare, *l. 1. ff. de noxal. action.* §. *1. Inſtit. de offic. Judic. l. 6.* §. *1. ff. de re judic.* ex ratione, quod videatur adversùs æquitatem naturalem eſſe, ut nequitia ſervi ultra ejus æſtimationem nocere Domino poſſit, moveri igitur hæ actiones alternativè debent, per *dict. text.* Electionem autem hanc Dominus amittit, & ad integram litis æſtimationem obſtringitur 1. ſi ſervus ſciente & non prohibente Domino dereliquit, cùm facilè prohibere potuiſſet, *l. 3. ff. hic. l. 4. Cod. eod.* cùm Domini patientia pro voluntate habeatur. 2. ſi patiatur elabi quadrimeſtre rei judicatæ definitum, & noxæ deditionem eò usque differat, donec denuò conveniatur. *l. 20.* §. *5. ff. de petit. hæred.* Quòdſi ſervus, qui delictum perpetravit, ſit alienatus, actio movenda eſt adversùs illum, qui ſervum tempore actionis motæ poſſidet, quoniam hæ actiones ſunt in rem ſcriptæ, & noxa caput ſequitur. §. *5. Inſtit. de noxal. action. l. 20. l. 37. & l. penult. ff. eod.* hinc ſi ſervus poſt commiſſum delictum ſit manumiſſus, directis actionibus ipſe pulſari poterit, per rationem, quia liber factus legitimam perſonam ſtandi in Judicio ſortitus eſt; Struv. *ſyntagm. jur. civil. exercit. 14. theſ. 40. ibîque* Petr. Myllerus. ſecùs eſt, ſi ſervus durante ſervitute contraxit, tunc enim manumiſſus conveniri nequit, *l. 1. Cod. an ſerv. pro ſuo fact.* &c. quoniam contractus non ſervi, ſed Domini nomine & intuitu confecti eſſe cenſentur, contrahentes enim magis ad Dominũ, utpote qui omnia compendia ex tali contractu provenientia conſequitur, quàm ad ſervum relationem habuerunt; ſi verò Dominus ſervum poſt commiſſum delictum dolô malô alienâſſet, tunc perinde adſtringitur, ac ſi actu illum poſſideret. *l. 21. l. 24. & 26. ff. h. tit.* Wiſenbach. *ff. hic. n. 6.* Struvius *ſyntagm. jur. civil. exercitat. 14. theſ. 43.* ratio eſt per ſe manifeſta, cùm dolus pro poſſeſſione habeatur, atque ideò, ſi liber homo furtum, rapinam, aut aliud delictum perpetravit, exindèque ſervus factus ſit, ejus Dominus actione noxali pulſari poterit, cùm ipſius caput eſſe incipiat. §. *omnis.* verſ. *ex diverſo. Inſtit. de noxal. action.*

5 Eadem eſt juris ratio caſu, quo ſervus ſuo Domino adhuc in ejus poteſtate exiſtens damnum quoddam irrogavit, ratio eſt, quia inter Dominum, & ſervum ob identita-

aut alijs, ſive deinde hoc contigerit in Civitate, pago, aut in via publica, ſi fortè juxta eam ſunt ædificia, tunc hæc actio illi, qui damnum eſt paſſus, ad duplum datur, *L. 1. ff. hic.* ratio eſt, ut metu pœnæ itinera & viæ publicæ conſerventur tutiores, quod communis ſalutis & Reipublicæ maximè intereſt. Weſenbec. *ff. hic. n. 5.* in hoc igitur caſu mixta eſt, partim pœnalis, partim rei perſecutoria.

3 Secundus caſus eſt, quô per dejectionem vel effuſionem homo tranſiens peremptus eſt, & in hoc caſu actio eſt popularis, hinc nec hæredibus, nec in hæredes porrigitur. *L. 5. §. 5. ff. de his, qui effud. vel dejec.* in duplum tamen, ut in priori caſu, non eſt concepta, cùm liberi hominis nulla ſit æſtimatio, ſed agitur ad pœnam 50. aureorum, *L. 1. ff. eod.* Petr. Myller. *in Struv. dict. exercit. 14. theſ. 31.* illi verò, quorum præcipuè intereſt, præferuntur, *dict. l. 5. §. 5. ff. eod.* hodie tamen pœna eſt arbitraria, & uxori ac liberis applicanda. vide, quæ in hanc rem ſcribit Myllerus *in Struv. dict. loc.*

4 Tertius caſus eſt, quô homini in corpore fuit damnum illatum, quô caſu arbitraria eſt, & conceditur, in quantum Judici videtur, æſtimare autem debet mercedem Medicis & Chyrurgis præſtitam, operas amiſſas, & alias expenſas in curatione factas. *L. 1. & l. fin. ff. de his, qui effud. vel dejec.* ipſe læſus ſi agat, perpetua, ſi alius de populo experiri velit, annalis eſt, ſiquidem reſpectu Extranei merè eſt pœnalis; hæredibus hæc actio jure hæreditario non conceditur, non hæredibus Extranei, cùm ſit popularis, adeóque eis, non ut hæredibus, ſed ut civibus & omnibus de populo competat, nec hæredibus læſi, ſeu illius, cui eſt damnum datum, cùm læſio corpori illata non ſit damnum pecuniarium, aut directè patrimonio irrogatum, *l. 5. §. 5. in fin. ff. eod.* cujus ratio ibi datur, cùm actio oriatur ex æquo & bono.

Subjectum paſſivum hujus actionis conſtituunt perſonæ, adversùs quas datur. Conceditur verò hæc actio contra inhabitantem illas ædes ſeu ædificium, unde eſt dejectum, vel effuſum, non adversùs Dominum ædium, niſi ipſe ſit ſimul habitator, poteſt enim quis habitare vel in ſuo, vel in conducto, vel in gratuito, *l. 1. §. 9. ff. hic.* ſi plures ſint pro indiviſo easdem ædes inhabitantes, adversùs quemvis in ſolidum datur, *l. 1. §. ult. ff. eod.* niſi conſtet, quis eorum dejecerit; ſi tamen cum uno fuerit actum, & pœna ab eo actualiter ſoluta, reliqui liberantur, *l. 3. ff. dict. tit.* non autem per ſolam litis conteſtationē; *l. 4. ff. eod.* id verò, quod conventus pro reliquis præſtitit, actione pro ſocio juxta cujusvis ratā repetere poteſt. *dict. l. 4. ibique* Gloſſ. Struv. *ſyntagm. Jur. Civil. exercit. 14. theſ. 33.* Lautterbach. *ff. hic. §. 7.* 5

Dices

6 Dices: in veris delictis uno pœnam solvente cœteri non liberantur, *l. 11. §. 2. ff. ad l. Aquil.* ergo neque in quasi delictis. Resp. nego paritatem, in quasi delictis enim, & præsertim in hoc actio conceditur, non ob propriam habitatoris culpam, sed ob incertitudinem, & præsumptam ex facto alieno subnascentem culpam; *l. 2. ff. hic.* secùs est in veris delictis, in his enim tot sunt delicta, quot sunt personæ. *l. 34. ff. de injur.* & *l. 51. §. fin. ff. ad l. Aquil.* vide latè differentem Brunneman. in *l. 11. §. 2. ff. ad l. Aquil.* Oppones 2. in delictis non potest societatis judiciô ab alijs peti, quod ab uno est præstitum, ergo nec, quod in hoc quasi delicto est solutum, poterit à reliquis exigi. Respondeo, in veris delictis factum plurium attenditur, & hinc societas in his consurgere nequit, in quasi delictis unius factum consideratur. Petrus Myllerus in *Not. ad Struvium synt. Jur. civil. exercit. 14. thes. 33.*

7 Quando plures habitant pro diviso, solùm adversùs eum datur actio, ex cujus parte effusum aut dejectum est. *l. 5. in princ. ff. hic.* Struvius *cit. exercit. 14. thes. 33.* Lautterbach *ff. hic. thes. 7.* casu verò, quo constat, à quo fuerit effusum aut dejectum, id, quod ratione damni illati præstitit habitator, actione in factum à dejectore repetere potest. *l. 5. §. 4. ff. hic.* nulla quoque inter habitatores interponenda est differentia, utrùm pater, aut filiusfamilias sit, nec enim hæc actio adversùs patrem porrigitur, quando ex cænaculo filij est dejectum vel effusum, *l. 1. §. 7. ff. hic.* ex ratione, cum non sit ex contractu. Utilis hæc actio datur quoque adversùs præpositum navi, *l. penult. §. fin. ff. hic.*

Porrò objectum hujus actionis 8
superius non solùm est attactum, sed & plenè deductum, variat namque ilud à vario casu, quo actio est prodita; etenim si damnum est datum in rebus æstimabilibus, in duplum est concepta actio, si verò damnum obtigit corpori libero, pœna vel potiùs æstimatio est arbitraria secundùm judicium Magistratûs, singulas circumstantias perpendentis, si denique per dejectionem vel effusionem homo omninò perijt, locò pœnæ 50. solidos persequitur, quemadmodum paulò ante deductum fuit.

Ut objectum hujus actionis est 9
varium, ita & ejus vita non est eadem: quando competit pro damno in rebus æstimabilibus dato reparando, in quantum est rei persecutoria & in simplum, erit perpetua. Bacchov. *in Wesenbec. ff. hic. n. 6.* pariter si movetur de eo, quòd homini libero nocitum sit, respectu ejus, cujus interest, perpetua erit, cùm non sit pœnalis, sed rei persecutoria; respectu verò Extranei annalis est, cùm sit popularis & pœnalis; idem asserendum eô casu, quô homo liber est peremptus, cùm & tunc popularis sit

sit & pœnalis, adeóque ultra anni metam non protendatur. *l. 35. ff. de oblig. & act.*

ACTIO

Ex secunda parte Edicti, de his, qui effud. vel dejec. *de deposito, vel suspenso nuncupata.*

SUMMARIUM.

1. *Definitur hac actio.*
2. *Quomodo distet à priori.*
3. *Cui detur.*
4. *Contra quem detur,*
5. *Ad quid competat.*

1 DEcima sextaActio est prodita in secunda Edicti parte, seu *l. 5. §. 6. & 7. ff. de his, qui effud. vel dejec.* de deposito vel suspenso vulgò nuncupata, quæ respicit damnum infectum, seu futurum; est actio prætoria, personalis, popularis, pœnalis, cujus causa remota est quasi delictum, quô aliquid deponitur vel suspenditur eô in locô, ubi vulgò iter fit, ita tamen periculosè, ut, si decidat, obesse possit, si enim firmiter positum & fixum sit, ut absque accedente vi detrudi nequeat, quemadmodum sunt horti pensiles parietibus affixi, quasi delicto locus non est; causa proxima est obligatio.

2 Distat autem hæc Edicti pars à priori in eo, quòd illa ad nativitatem actionis deposcat, ut damnum sit datum, non verò hæc, sufficit enim, si nocere possit. Conferatur Wissenbach *ff. hic. n. 8.* Petr. Myllerus *in Struv. syntagm. jur. Civil. exercit. 14. thes. 35.* Lautterbach. *ff. eod. §. 13.* finis principalis hujus actionis est securitas iter facientium, hinc videtur equidem hæc actio necessaria non esse, cùm in similibus casibus semper sit præstituta actio ex stipulatu de damno infecto; at hæc ultima actio eô solùm casu à jure conceditur, quô ab ædibus aut alio ædificio ruinosô damnum timetur, & actoris peculiariter interest. *l. 19. § 1. l. 24. §. 5. ff. de damn. infect.* illa autem, actio scilicet de deposito vel suspenso, quoties aliquid juxta viam vel iter publicum adeò periculosè est positum vel suspensum, à quo commune imminet damnum, unde & actio, de qua in præsenti movetur quæstio, popularis est;

3 Hinc & cuilibet de populo competit, *l. 7. ff. de popul. action.* præfertur tamen ille, cujus vel maximè interest; hæredibus autem ut tali-

talibus hæc actio non conceditur, actiones enim populares, præsertim quæ proditæ sunt de damno futuro seu infecto, hæredibus non indulgentur; si autem hæredes eam movent, tanquam quivis de populo movere censentur, ita intelligendus est *text. in l. 5. §. ult. ff. hic, & ibid. Gloss.* Petrus Myllerus *in Struv. exercit. 14. thes. 37.* Lautterbach. *ff. eod. §. 14.*

4 Porrigitur adversùs illum, qui aliquid periculosè suspensum habet, vel potiùs positum esse patitur, *dict. l. 5. §. 10. & 11. ff. hic*, sive deinde sit Dominus ædium seu ædificij, sive quovis modo inhabitator, aut si Dominus ædium à nemine inhabitatorum suspensum quid tolerat. Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 14. thes. 38.* Lauterbach. *ff. eodem §. 15.* qui verò suspendit, aliter non tenetur, nisi ipse simul sit inquilinus, aut positum sit delapsum, & actu nocuerit, quo ultimo casu ex utraque Edicti parte juxta aliquos adstringitur, Confer. *Colleg. Argentorat. ff. hic. thes. 43.* mihi videtur hoc casu ex priore Edicti parte ponens teneri, per *l. 1. §. ff. hic.* ubi dicitur, *quod cùm suspenderetur, decidit, magis dejectum videri, sed & quod suspensum decidit, pro dejecto haberi.* conferatur *Bacchov. in Treutl. vol. 1. disput. 18. thes. 11. litt. C.* Lauterbach. *ff. hic thes. 15.* tametsi Brunnemannus & Struvius existiment, in simili casu dari actionem l. Aquiliæ; id ipsum est asserendum, quando pictor v. g. habet in pergula clypeum, aut tabulam expositam, quæ delabitur, & transeunti damnum infert, aut quando amphora ex vehiculo decidit, queis casibus etiam actio ex priore Edicti parte datur in *l. 1. §. 3.* & *l. 5. §. 12. ff. hic.* Struv. *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 14. thes. 39. ibique* Petr. Myllerus. Brunnem. *in cit. l. 5. §. 12. ff. hic* & plures *ibid.* allegati.

Porrò objectum hujus actionis est pœna 10. solidorum, *l. 5. §. 6. ff. hic.* vita ejus terminatur annali spatiô, uti cœterarum actionum popularium. *l. fin. ff. de popul. action.* 5

ACTIO
Noxalis.

SUMMARIUM.

1. Noxa *variè accipitur.*
2. *Contra servos non datur actio.*
3. *Definiuntur actiones noxales.*
4. *Annotatur subjectum harum actionum.*
5. *Cessant, si servus suo Domino damnum dat.*
6. *Qualiter pater teneatur ex delicto filii.*

De-

1 DEcimum septimum locum sortiuntur actiones noxales, à noxa, quæ à nocendo derivatur, sic dictæ. Varijs autem modis in jure accipitur noxa, primò enim denotat ipsum factum seu delictum à servo commissum. *l. 1. ff. de action. noxal.* §. 5. *Inst. eod. l. 7.* §. 1. *ff. de damn. infect.* 2. accipitur pro facti seu commissi qualitate, vel pro dolo & fraude; *l. 131. ff. de V. S.* exemplum nobis præter alia præbet Instrumentum Pacis Osnabrugensis, in quo sæpiùs reperiuntur hæc verba, *sine noxa* teste Myllero in Struvium *ff. hic.* & Lauterbach. *eodem.* 2. accipitur pro obligatione, & inde fluente actione, id est, pro reatu ex tali facto descendente, §. 5. *Instit. hic l. 20. ff. eod. l. 17.* §. *17. ff. de ædilit. Edict.* ubi asseritur *Servus noxâ solutus.* 4. sumitur pro damno, quod per delictum irrogatur, ut *in l. 1.* §. *11. ff. si quadrup. paup. fec. dic.* accipitur, ubi dicitur *noxa resarciri.* 5. denique non rarò accipitur pro ipso corpore, quod nocuit, §. *1. Instit. de noxal. action.* & pro ipsâ pœna, hinc asseritur servus vel animal *noxæ dari*, vel *in noxam*, *l. 1.* §. *11. &* §. *14. ff. si quadrup. paup. &c.* quæ deditio antiquissima est, & quodamodò ex lege Mosaica orginem trahens, teste Myllero in Struvium *ff. hic. thes. 42.* cœteroquin noxa dicitur ipsum corpus, quòd nocet, noxia autem ipsum delictum. §. *1. Instit. de noxal. act.*

2 His pro notitia præmissis, ex ratione Juris liquet, adversùs servos actionem ex eorum delictis ortam inanem fore, partim cùm non sortiantur legitimam personam standi in judicio, siquidem inspecto jure Civili pro mortuis habentur, partim cùm nulla eis suppetant remedia, queis satisfacere possent, quamobrem in Dominos eorum hæ actiones ideo obliquantur, tum quoniam culpâ non destituuntur, qui malorum hominum operâ & obsequijs fruuntur, *l. penult.* §. *2. ff. de his, qui effud. vel deiec.* tum etiam, quoniam omnia servorum commoda & utilitates sentiunt Domini, ergo æquitati consonum est, ut sustineant detrimenta, quæ per eos accidunt.

Sunt igitur actiones noxales, personales, ex privatis servorum delictis ortæ, & novâ qualitate adversùs eorum Dominos directæ, ad hoc, ut vel litis æstimationem præstare, vel servos noxæ dedere adstringantur. Struvius *Syntagm. jur. civil. exercit. 14. thes. 42.* Eckolt, & Lauterbach. *ff. eod.* exinde sequitur, causam harum actionum remotam esse delicta servorum privata, exclusis publicis criminibus, ob quæ in ipsos animadvertitur servos; per *l. 12.* §. *fin. ff. de accus. l. 2. Cod. eod.* submoventur hoc in passu quoque contractus ob quos Dominus ex præsumpta voluntate pulsatur actione de peculio. §. *5. Inst. hic.* & *l. 1.* §. *8. ff. de his, qui effud. vel dejec.* causa proxima est obligatio per adjectam qualitatem prætoriam 3

in

in Dominos protensa, cujus qualitatis ratione, communi loquendi usu dativa passim dici solet, ex naturâ enim suâ daretur solùm adversùs delinquentem. Georg. Franzk. *ff. hic num. 4.*

4 Subjectum activum harum actionum constituunt omnes, qui per privata servorum delicta, e.g. furta, rapinas, injurias, &c. damnum perpessi sunt; passivum autem sunt servorum Domini, habent tamen electionem, utrùm velint damni æstimationem præstare, vel servum noxæ dare, *l. 1. ff. de noxal. action. §. 1. Instit. de offic. Judic. l. 6. §. 1. ff. de re judic.* ex ratione, quod videatur adversùs æquitatem naturalem esse, ut nequitia servi ultra ejus æstimationem nocere Domino possit, moveri igitur hæ actiones alternativè debent, per *dict. text.* Electionem autem hanc Dominus amittit, & ad integram litis æstimationem obstringitur 1. si servus sciente & non prohibente Domino dereliquit, cùm facilè prohibere potuisset, *l. 3. ff. hic. l. 4. Cod. eod.* cùm Domini patientia pro voluntate habeatur. 2. si patiatur elabi quadrimestre rei judicatæ definitum, & noxæ deditionem eò usque differat, donec denuò conveniatur. *l. 20. §. 5. ff. de petit. hæred.* Quòd si servus, qui delictum perpetravit, sit alienatus, actio movenda est adversùs illum, qui servum tempore actionis motæ possidet, quoniam hæ actiones sunt in rem scriptæ, & noxa caput sequitur. *§. 5. Instit. de noxal. action. l. 20. l. 37. & l. penult. ff. eod.* hinc si servus post commissum delictum sit manumissus, directis actionibus ipse pulsari poterit, per rationem, quia liber factus legitimam personam standi in Judicio sortitus est; Struv. *syntagm. jur. civil. exercit. 14. thes. 40. ibîque* Petr. Myllerus. secùs est, si servus durante servitute contraxit, tunc enim manumissus conveniri nequit, *l. 1. Cod. an serv. pro suo fact.* &c. quoniam contractus non servi, sed Domini nomine & intuitu confecti esse censentur, contrahentes enim magis ad Dominũ, utpote qui omnia compendia ex tali contractu provenientia consequitur, quàm ad servum relationem habuerunt; si verò Dominus servum post commissum delictum dolô malô alienâsset, tunc perinde adstringitur, ac si actu illum possideret. *l. 21. l. 24. & 26. ff. h. tit.* Wisenbach. *ff. hic. n. 6.* Struvius *syntagm. jur. civil. exercitat. 14. thes. 43.* ratio est per se manifesta, cùm dolus pro possessione habeatur, atque ideò, si liber homo furtum, rapinam, aut aliud delictum perpetravit, exindéque servus factus sit, ejus Dominus actione noxali pulsari poterit, cùm ipsius caput esse incipiat. *§. omnis.* vers. *ex diverso. Instit. de noxal. action.*

Eadem est juris ratio casu, quo servus suo Domino adhuc in ejus potestate existens damnum quoddam irrogavit, ratio est, quia inter Dominum, & servum ob identita- 5

titaté Juridicâ, quâ pro unâ eadémq; personâ habentur, & Dominus caput servi esse fingitur, nulla consurgit obligatio. Mynsinger *ad §. 6. Instit. de noxal. act.* addatur Petrus Myllerus *in not. ad Struvium syntagm. jur. Civil. exercit. 14. thes. 46.*

6 Pater verò hodie ex delictis liberorum non obstringitur, *l. 22. & 26. Cod. de pœn.* nec directè, nec noxaliter, *§. fin. Instit. hic.* nec in solidum, nec peculio tenùs; Casparus Manz. *decis. Palat. decis. 80.* nec ad legitimam pro filio delinquente solvendam compelli potest, Bacchov. *de Action. disput. 8. in Corollar.* Carpzov. *part. 3. constit. 12. definit. 10.* Daniel Moller. *semestr. lib. 3. cap. 6.* in bonis tamen adventitijs irregularibus executionem fieri posse, statuunt Manzius *dict. decis. 80.* & Mynsing. *ad §. 7. Instit. de noxal. action.*

ACTIO

Finium regundorum.

SUMMARIUM.

1. *Ratio hujus introductæ actionis.*
2. *Describitur hæc actio.*
3. *Queis competat,*
4. *An malæ fidei possessori detur;*
5. *an competat socio, qui fundum habet communem.*
6. *Adversùs quem detur,*
7. *Ad quid competat.*
8. *Quibus modis fines reparentur.*
9. *Describitur remedium ex* l. si constiterit. 4. Cod. fin. regund.
10. *Annotatur remedium ex* L. Agraria ff. de term. mot.

1 DEcima octava occurrit finium regundorum Actio, quæ magnam habet affinitatem cum duabus sequentibus, & eodem fermè passu ambulat, præterquàm quòd hæc inter stricti juris potiùs, quàm bonæ fidei actiones recensenda sit, per ea, quæ *in prælim. observat. 1.* dixi. Porrò hæc actio introducta est ad confinia agrorum vel prædiorum custodienda, quæ per terminos seu limites denotantur; Struv. *syntagm. jur. Civil. exercit. 14 thes. 55.* Limites autē nihil sunt aliud, quàm opus in agro factum ad observationem finium, de quibus videantur *l. 2. ff. de term. mot.* Joannes Oetinger *in tract. de limit. lib. 1. cap. 1.* Hieronym. de Monte *in tract. fin. regund. cap. 15. n. 2.* si igitur termini seu limites vel factô hominis, vel ipsa anti-

tiquitate non ampliùs exſtant, ac per conſequens confuſi ſunt, hæc actio locum habet.

2 Deſcribitur, quòd ſit actio civilis, perſonalis, rei perſecutoria, ſtricti juris, duplex, quæ competit propter fines confuſos, ad illos diſcernendos, declarandóſque, illúdque præſtandum, quod hujus nomine abeſt; quò deſerviunt textus in *l. hæc actio. §. 1. l. ſed &* ac *l. ſi irruptione ff. fin. regund.* cauſa ejus remota regulariter eſt quaſi contractus, termini enim confuſi conſtituunt rem quaſi communem, & ſi quis expenſas in rem communem facit, aut ex illa commodum percipit, æquitatis ratione ex quaſi contractu obligatur. Bacchov. *in Treutler. vol. 1. diſput. 19. theſ. 3. litt. E.* tametſi non pauci, quos inter eſt Oldendorp. *tractat. de action. hic.* exiſtiment, eô ſaltem caſu illam eſſe ex delicto, quô quis dolô malô ſuos fines latiùs extendit: at non placet eorum opinio, quoniam, ſicut fines extendi poſſunt abſque dolô illius, cujus fines dilatantur, ita per accidens tantùm delictum concurrit.

3 Perſonæ autem, queîs hæc actio competit, ſunt illi, qui confinia habent prædia ruſtica, in urbanis enim, cùm illa ſint ædificia parietibus diſtincta, regulariter hæc actio directa locum non habet; non ſolùm autem 1. competit hæc actio prædiorum Dominis, ſed etiam, ſaltem utilis, illis, qui ſolum habent uſumfructum in prædijs, quorum fines ſunt confuſi, aut etiam, qui alio jure ea poſſident, quemadmodum pignoris loco; *l. ſed & §. finium regund. ff. eod.* conceditur etiam bonæ fidei poſſeſſori, tantum quippe bona fides præſtat, quantum ipſa veritas. *L. bona fides 136. ff. de R. I.*

Dubium tamen eſt de malæ fidei poſſeſſore, an & ei pariter, ac bonæ fidei poſſeſſori ſit concedenda; 4 Ratio dubitandi eſt, quòd hæc actio non ſpectet Actoris ſeu malæ fidei poſſeſſoris commodum, ſed magis Domini, ad quem fundus pertinet. Cui rationi utpote valdè probabili tamen obſtat textus in *l. ſi quid. §. illud plane 4. ff. de petit. hæredit.* ubi aſſeritur, prædonem ſeu malæ fidei poſſeſſorem actionem non habere, quemadmodum ergo prædoni imputari non poteſt, cur paſſus ſit debitores liberari & pauperiores fieri, ita ex ſimillima ratione malæ fidei poſſeſſori imputari non poterit, licèt fines prædij, quod mala fide poſſidet, reſtricti ſint, cùm actionem non habeat. 2. principaliter hæc actio competit Vaſallis, Emphyteutis, non autem ſuperficiarijs, cùm ille ſolum jus habeat in ædificio, niſi fortè id poſitum ſit in loco quodam finali fundi, de cujus finibus ambigitur. 3. etiam conceditur hæc actio Eccleſiarum Prælatis, argt. *Cap. 3. & ult. ibique* Gloſſ. *Extr. de probat.* 4. Civitatibus & municipijs, quando aliqua oritur controverſia de terminis Juriſdictio-

ctionis; *Colleg. Argentorat. ff. fin. regund. n. 16.* 5. Principibus circa terminos suarum provinciarum, aliisque territoriorum Dominis, quando circa eorum confinia controversia exardescit; hæredibus autem non secùs competit ac aliæ actiones personales. *l. si familiæ ff. fam. l. ercisc.*

5 Circa subjectum hujus actionis activum notanter adhuc est advertendum, eam nullô modô illis competere, qui fundos, quorum confinia obscura sunt, communes obtinent, per *l. sed & § 6. ff. fin. regund.* ratio est, quia, si hæc actio admitteretur inter socios, tunc sanè contra se ipsum, saltem pro parte, ageret socius. Huic tamen assertioni plures obstant textus, & inprimis in *l. sed si inter 27. ff. de servitut. prædior. urban.* ubi socius, qui cum alio suo consocio ædes habet communes, agere potest adversùs socium. 2. textus in *l. si cum §. 1. ff. si servit. vindic.* quô locô pariter adversùs socium datur actio, si aliquid in prædium commune immisit, quasi ei jus immittendi non sit. 3. similes textus extant in *l. si tertius §. 2. & 3. & l. supra iter § 5. ff. de aq. & aq. pluv. arcend.* ex quibus infertur, quòd etiam in aliis casibus socius adversùs socium agere possit, non obstante ratione superiùs allatâ. Sed ego cum Georg. Adamo Struvio *in Evolut. ad Exercit. 14. thes. 52.* opinor, id haud adversari, quoniam in his posterioribus textibus socius consocium convenit, non quà talem, sed solùm, quia aliquid illicitè immisit in prædium commune, quod facere non debuisset, cùm igitur tale aliquid contra officium socij admiserit, eundem alter ad tale factum tollendum, & damnum resarciendum actione pulsat.

Non multùm absimile est subjectum passivum, contra eosdem enim hæc actio movetur, qui Domini prædiorum sunt, & quorum confinia vel sunt obscurata, vel omninò confusa; utilis verò adversùs Vasallum, Emphyteutam, bonæ fidei possessorem, per *jura superiùs allata;* adversùs superficiarium autem non aliter competit, quàm si superficies sit accessio fundi, de cujus finibus dubitatur; nec refert, uti arbitror, sive is, adversùs quem hæc actio movetur, rem seu prædium suô, vel alienô nomine, aut omninò non possideat: *l. si quis alternis. Cod. ubi in rem actio: l. 1. §. 1. & l. 25. §. 1. ff. famil. ercisc.* nec etiam refert, an plures sint, contra quos agitur; *l. 4. §. 8. ff. fin. reg.* quemadmodum autem hæc actio non competit socio, ita nec adversùs socium conceditur, per *text. superius allat.* ita quidem, ut etiam in eo casu hæc doctrina locum obtineat, quo ego & tu fundum habemus communem, vicinum autem confinem ego solus, quia in hac actione adversarij esse non possumus, sed unius loco habemur; ac propterea 6

de-

deberem ego primò adversùs te agere communi dividundo, & exinde actionem nostram movere. consulatur latiùs *dict. text. in l. sed & loci §. si communem ff. commun. divid.*

7 Objectum hujus actionis sunt fines, agimus enim hac actione, ut fines agrorum terminentur, quod propriè significat *fines regere*, per tradita DD. qui allegantur à Collegio Argentorat. *ff. fin. regund. n. 20.* hi fines quidem ex constitutione LL. XII. Tabb. distinguuntur per interstitium, seu spatium quinque pedum inter confinia agrorum intercedens, de quo passim in jure nostro fit mentio, quemadmodum desumitur ex *l. quinque pedum 5. Cod. fin. regund.* quod spatium Leges XII. Tabularum præscribi vetuerunt; si igitur controversia de hoc spatio agebatur, actio finium regundorum competebat, quæ tamen Jura sensim in desuetudinem abjerunt, ita quidem, ut hæc quinque pedum exceptio ampliùs locum non habeat, sed hæc actio etiam de majori spatio, si de illo controversia exardescat, intentari possit, *dict. l. quinque pedum Cod. hoc tit.* de cujus tamen expositione videatur dict. Colleg. Argentorat. *cit. loc. n. 23.* Datur ergo ad hoc, ut novi ponantur termini, vel antiqui renoventur; conferantur, qui recensentur à Manz *in §. 20. Instit. de action. n. 14. in fin.*

8 Varij autem sunt terminos ponendi modi, subinde enim fiunt fossis, durch Feldgräben / in welche vor diesen man Ziegelstein / Gläser / und Kohlen hinein geworffen / per ea, quæ tradit Joannes Oetinger *de limit. lib. 1. cap. 17. n. 10.* aut etiam arboribus, durch Legbäume / Struvius *Syntagm. jur. civil. exerc. 14. thes. 55.* aut denique etiam lapidibus, durch Gränitz-Stein / præsertim quando territoria vel provinciæ disterminantur, in quibus tamen lapidibus varia pro diversorum locorum consuetudine insignia insculpi solent, quæ præter alias multorum locorum consuetudines recenset Joannes Oetinger *de limit. lib. 1. cap. 17.* quô locô infert: wo man eines Herrn Wappen an einem Stein findet / ist es ein gewisses Zeichen / daß ihme das Ende zugehöret / & exactiùs ostendit, quomodo vel quâ figura civitatum, aliorúmque oppidorum Jurisdictiones, oder so genandte Burgfrid soleant terminari. Tales autem limites impensiùs per mensores & alios rei hujus peritos, à Magistratu, seu Judice illuc destinatos, & quidem utrâque litigantium parte ad eundem finem citatâ, considerandi sunt *l. si irruptione §. ad officium ff. fin. regund. l. si quis super Cod. eod.* atque in hunc finem, ut Judici exactiùs constare possit, Ichnographia, vulgò ein Abriß / conficienda est, per similia enim, atque etiam instrumenta & libros antiqui termini seu limites probari possunt. *l. in finalibus ff. hic* videantur citati apud Struv. *Syntagm. jur. civilis exerc. 14. thes. 55.* Præter li-

limites reparandos, vel novos reponendos, hæc actio similiter præstationes personales persequitur, §. 6. *instit. de offic. Judic.* arg. *l. 4. §. 2. ff. hic.* sive denique illæ præstationes in percepta utilitate, arg. *cit. l. 4. §. 1. ff. eod.* sive in fructibus restituendis consistant, de quarum varietate videatur allegatus Oetinger *tract. de limit. l. 4. c. 8.*

9 Præter hanc actionem alia hujus nominis remedia prodita sunt ex *l. si constiterit 4. Cod. fin. regund.* ex qua condictio competit, per quam tantum ex agro illius petere possum, quantum ille, lite pendente, ante Judicis sententiam de meo sibi usurpavit, quod remedium magnam necessitudinem habet cum *l. exstat ff. quod met. caus.* & *l. si quis in tant. Cod. und. vi.*

10 Secundum remedium est ex *l. lege Agraria ff. de term. mot.* quâ pœna est statuta in illum, qui terminos dolô malô extra gradum & finem suum movit, suntque in singulos terminos, quos dolosè movit, 50. aurei pro pœnâ constituti. vid. qui ad longum citantur à dict. Oetinger *alleg. tract. l. 2. c. 9.* quod remedium non modò porrigitur adversùs illos, qui animô furandi tales lapides removerunt, sed etiam contra quosque quôvis modô malitiosè amoventes. Hieronym. de Monte *in tract. fin. regund. cap. 34. n. 47.* Menoch. *de arbitr. Judic. lib. 2. cas. 393. n. 4.* Actio hæc, seu condictio ex *l. lege Agraria cit.* competens popularis est, & cuilibet de populo competit, per *verb. dict. l. & ejus actionem petitionem ei, qui volet, esse jubet.* Bocerus *class. 4. disput. 9. thes. 22.* Menoch. *dict. loc. n. 6.* Tertiò etiam competit accusatio criminalis ex dispositione D. Adriani *in l. 2. ff. de term. mot.* adversùs eos, qui terminos effodiunt, & evellunt, ita, ut extraordinariè ex officio Judicis, secundùm qualitatem personæ & facti puniantur, aut ad tempus relegentur, vel aliô modô castigentur, conferatur prolixior tenor *cit. l. 2. ff. de term. mot.* quæ pœna arbitraria etiam est renovata in *Carolin. pœnal. art. 114.* consulantur plures relati à Joann. Oetinger *in tract. de limit. l. 9. c. 9.*

ACTIO

Familiæ herciſcundæ.

SUMMARIUM.

1. *Quotuplici modo nomen* familiæ *accipiatur.*
2. *Deſcribitur actio* famil. herciſc.
3. *Quibus hac actio detur.*
4. *Adversùs quem porrigatur.*
5. *An ille, qui actionem hanc adversùs aliquem movet, hoc ipsô illum pro cohærede agnoſcat.*
6. *Ad quid detur hæc actio.*
7. *Quæ res in hanc actionem non veniant.*
8. *An lucra, ex* l. hac Edictali Cod. de ſecund. nupt. *liberis advenientia, prô hæreditatis portione ſint dividenda.*
9. *Quotuplicis generis ſint præstationes perſonales.*
10. *Exponitur latè officium Judicis circa hanc actionem occupatum.*
11. *Quomodo hæc actio præſcribi poſſit.*

1 DEcima nona eſt actio famil. herciſcundæ. Rerum communionem, ſive univerſalem, ſicut inter duos cohæredes, ſive particularem, ſicut inter duos, quibus eadem res legata ſeu donata eſt, in quaſi contractibus numerari, mihi liquet ex *§. item ſi 3. inſtit. de obligat. quæ ex quaſi contract. naſc.* ac proinde hanc actionem ex quaſi contractu eſſe, mihi certum eſt. Vocabulum familiæ verò diverſimodè accipitur, referri enim poteſt vel ad perſonas, & eatenus comprehendit parentes & liberos, omnes propinquos, imò patronos & libertos etiam; *l. ſuggeſtioni ult. Cod. de rer. & verb. ſign. Colleg. Argent. ff. fam. erciſc.* vel ad res, quæ acceptio propria eſt hujus loci, nihilque aliud denotat, quàm Univerſitatem rerum hæreditariarum, quæ ad ſubſtantiam patrimonij defuncti pertinent. *l. pronuntiatio §. familiæ ff. de V. S.* erciſcere enimverò eſt antiquum vocabulum ſeu verbum, nihilque aliud ſignificat, quàm dividere, per ea, quæ poſt alios tradit Wiſenbach in *paratitl. ff. fam. erciſc.* quandoquidem ergo communio eſt diſcordiarum nutrix, argt. *l. cum pater §. dulciſſimis 20. ff. de legat. 2.* ac propterea nemo invitus teneatur in ea ſtare, *l. in communione ult. Cod. commun. divid.* ideò certa ſunt à Jure conſtituta remedia, quibus à communione receditur, & quidem, ſi hæreditas ſit communis, datur actio famil. erciſcund.

Deſcribi hæc poteſt, quod ſit actio 2
civilis, univerſalis tam ex parte objecti quàm cauſæ, merè perſonalis, rei

per-

persecutoria, duplex, competens hæredi contra cohæredem, ad hæreditatem dividendam, & præstationes personales adjudicandas, quæ descriptio partim ex *l. hac actio 1. ff. fam. ercisc.* partim ex *§. 20. Instit. de action.* & *§. 4. instit. de offic. Jud.* declaratur: causa ejus remota est quasi contractus, proxima est obligatio; Cur autem hæc actio sit merè personalis, videantur rationes in *prælimin. obser. 3. n. 8.* à me adductæ. Antequam autem subjectum hujus actionis exponam, incidenter adverte, divisionem seu distributionem hæreditatis esse duplicem, aliam publicam, aliam privatam; hæc est, quando pater scripturâ, aut etiam sine eâ bona seu patrimonium suum inter filios dividit, & onera æris alieni pro quantitate & modo possessionum distribuit, sicut videndi sunt *text. in l. si filia §. si pater, l. quæ pater, l. si paterfamilias. ff. famil. ercisc.* in quo non est patri prohibitū facere inæqualem divisionem, modò illibata maneat legitima, per *d. l. si filia §. Papinianus ff. fam. ercisc.* privata item divisio fit per transactionem, aut receptô ab hæredibus arbitriô, quô casu pietatis officio persungi dicuntur in *l. ult. ff. fam. ercisc.* prior autem seu publica divisio est, quæ fit consensu seu arbitriô Judicis; propter quam competit actio fam. ercisc. hæc actio autem antiquitate cœteras longè antecedit. & ex LL. XII. Tabularum ortum habet. *l. 1. in princ. ff. hic.*

Subjectum activum hujus actionis est hæres, huic enim competit, 3
ubi tamen notanter adverte, vocabulum *hæres* hoc locô in sensu latissimo accipi, ut omnes successores Universales denotet, sive ex testamento, sive ab intestato, aut etiam de jure Prætorio bonorum possessores; in specie igitur datur 1. hæredi de jure civili, qui nempè ex testamento, vel ab intestato hæreditatem cum cohærede communem habet. *l. 1. & 2. ff. fam. ercisc. l. 1. Cod. eod.* 2. bonorum possessori, cui hæreditas defertur jure Prætorio. *l. 24. §. 1. ff. d. loc.* non tamen illis in hoc passu subscribo, qui directam bonorum possessoribus actionem tribuunt, quoniam hæc actio ex Lege XII. Tabul. originem habet, ac per consequens de jure Prætorio incognita fuit, & ideò solummodò per interpretationem ad bonorum possessores extenta est. vid. post Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disput. 19. litt. D.* Lauterbach. *ff. hic. thes. 7.* 3. ei tribuitur, cui ex SCTO Trebelliano est restituta hæreditas, *d. l. 2. §. 1. & l. 24. §. 1. ff. eodem.* 4. conceditur illis, qui simul hæreditatem libertatum conservandarum gratiâ addici sibi petierunt. *l. ergo 4. §. si duobus ff. de fideicom. libertat.* 5. denique utilis actio illi non denegatur, qui quartam ex constitutione D. Pij exigere potest, *d. l. 2. §. 1. ff. famil. ercisc.* quin imò & illis, qui post obtentam à cohærede victoriam, vel ab hosti-

bus

bus reverſi, aut omninò primò nati ſunt. *l. ſi hæres 7. ff. cit. tit.*

4 Expoſitô autem ſubjectô activô, facilè etiam paſſivum patet, contra eosdem enim hæc actio porrigitur, quibus exercenda conceditur; neque refert hoc caſu, quis eorum hanc actionem moveat, ſive ille, qui hæreditatem poſſidet, ſive qui non poſſidet, eſt enim actio duplex, & quilibet poteſt eſſe actor vel reus. *l. nihil autem, §. in tribus ff. commun. divid. l. in tribus 13. ff. de Judic.* argt. *l. qui appellat ff. eod.*

5 Dubium autem hic oritur, an hoc ipsô, quòd quis adversùs aliquem hanc inſtituerit actionem, eum pro cohærede agnoſcere videatur, ita ut exinde ampliùs eum repellere ab hæreditate non poſſit? Affirmativam ſententiam, quòd nimirùm talis adverſarium fateatur cohæredem, tenet præter alios Treutler. *vol. 1. diſput. 19. theſ. 9.* per *l. 37. ff. dict. tit.* quam legem corrigit, & eam affirmativam legit; mihi tamen cum communi placet, textum legere, prout jacet, correctio enim non facilè, & absque ſingulari ratione eſt admittenda, ac proinde arbitror, quòd, tametſi quis actionem familiæ erciſcundæ intentaverit, eã nihilominùs exinde omittere, & petitionem hæreditatis inſtaurare poſſit.

6 Porrò objectum hujus actionis principale eſt hæreditas dividenda, *l. per familia. & l. fundus ff. famil. erciſc.* & regulariter omnes res, quæ in petitionem hæreditatis veniunt, etiam actione familiæ erciſcundæ peti poſſunt, Videatur *l. 8. & ſeq. ff. dict. tit.* ſive ſint res immobiles, ſive mobiles, vel etiam ſub conditione legatæ; *l. & poſt. §. ult. ff. hoc. tit.* videatur prolixior textus in *l. 8. 9. 10. 12. & 22. ff. eod.* Collegium Argentorat. *ff. fam. erciſc. à n. 12.* quin imò & illæ res, quæ non quidem actualiter in patrimonio hæredum ſunt, jus tamen ad illas eis indiſputabiliter competit, quales ſunt bona, ſeu prædia vectigalia, ſuperficiaria, feudalia, res alienæ, quas defunctus bona fide poſſedit. *l. item prædia ff. famil. erciſc.*

Ad objectum autem hujus actionis non pertinent 1. actiones & obligationes, quæ à Lege XII. Tabul. pro portione hæreditaria ſunt diviſæ, ac per conſequens non veniunt ampliùs in diviſionem, *l. cætera 4. l. hæredes 25. §. 1. l. per familiæ §. final. ff. hoc tit.* tametſi ſtipulatio de diviſione nominum interponi poſſit, ita ut alter hæredum alteri actiones mandet. *l. 2. §. fin. ff. eod.* quinimò neceſſitas contingentiæ ſubinde depoſcit, ut debita & credita ſingulis pro ſolido, alijs alia attribuantur. *l. 3 ff. h. t.* etſi hoc pactum Creditoribus non præjudicet, ſed liberum eis ſit, quemvis debitorem pro ratâ convenire: talis autem neceſſitas eo præcipuè caſu emergit, quô obligationes ſunt indivi- 7

 duæ,

duæ, aut etiam si obligationi annexum est pignus, vel pœnalis stipulatio. *l. 25. §. 12. ff. hoc tit.* 2. ad objectum hujus actionis non pertinent servitutes reales, utpote quæ rei inhærent, & ex naturâ suâ dividi non possunt. *d. l. 25. §. an ea. 9. ff. fam. ercisc.* secùs tamen est in servitutibus personalibus, aliisque juribus incorporalibus, sicut sunt Jurisdictio, ususfructus, jus Patronatûs, venandi &c. quæ subinde uni usurpanda adjudicantur. *l. 16. §. 2. ff. eod.* 3. ad objectum hujus actionis non spectant illa, quæ collationi non sunt subjecta, ea namque, quæ unus ex hæredibus cum alio dividere non tenetur, in hoc judicium non veniunt. *l. si filia 20. l. si ita. l. quæ pater 50. ff. hic.* 4. res perniciosæ, ut mala medicamenta, venena, libri magici & prohibiti. *l. 4. §. 1. ff. eod.* de illis verò in specie, quæ dividi, sive hac actione peti non possunt, consulatur ad longum Collegium Argentorat. *ff. sæpè cit. tit. a num. 15.*

8 Quamvis autem hæc divisio facienda sit secundùm æqualitatem portionis hæreditariæ, in quibusdam tamen aliquid est singulare, & quidem 1. si pater secundæ suæ uxori, contra dispositionem *l. hac edictali Cod. de secund. nupt.* titulô lucrativô quid relinquit, vel modo quocunque attribuit, illud inter liberos primi matrimonij solos, exclusîs liberîs secundi matrimonij dividendum venit, & quidem non secundùm proportionem hæreditariam, sed æqualiter. *dict. l. hac Edictali* vers. *plus.* & *Novell. 22. cap. 27.* vers. *hoc decernentes.* Vid. Lautterbach *in Colleg. forens. conclus. 20. thes. 4.* Gyphan. *d. l. 6. Cod. de secund. nupt.*

Ultimò ad objectum hujus actionis pertinent præstationes personales, ad quas referri possunt 1. commoda ex hæreditate, vel saltem ejus occasione percepta, quæ reliquis hæredibus communicari debent. *l. 19. in fin. ff. hoc tit.* 2. præstationum species sunt incommoda, sumptus, & expensæ, in res hæreditarias factæ, *d. l. item ex 19. ff. hic.* 3. est damnum dolô, vel culpâ etiam levi in hæreditate post eam aditam ab hærede ut hærede datum. *l. hæredes §. non tantum ff. dict. loc.* quibus præstationum speciebus etiam adjici debent usuræ sumptuum, ab uno solo ex hæredibus factorum, à tempore moræ currere incipientes. *l. his consequenter §. sumptuum quoque ff. eod.* 9

Porrò officium Judicis in hac actione versatur præcipuè in hoc, ut res hæreditarias omnes dividat, & nihil indivisum relinquat. *d. l. hæredes §. Judex. ff. eod.* ubi tamen probè est annotandum, quòd hæc actio utpote universalis regulariter tantùm semel possit intentari, unde si quid per oblivionem, seu alio quocunque modo indivisum fuit relictum, illud non hac actio- 10

actione, ſed communi dividundo dividi debet, per textum apertum in *l. ſi filia §. familiæ erciſcundæ ff. hic.* quapropter ſi res hæreditariæ omnes diviſionem recipiunt, naturaliter dividendæ, & ſua cuivis attribuenda eſt contingens portio, etiam per ſortes, ſi aliter fieri non poſſit; quòdſi autem res hæreditariæ diviſionem non recipiant, neceſſariò debent æſtimari, *l. ſervos 34. ff. hic.* & uni res, alteri verò æſtimatio adjudicari, argt. *l. ſi familia 55. ff. eod.* ac proinde hæc diviſio ſubinde per adjudicationem exæquata habet vim permutationis, eò quòd ſingulis diverſa res, uni fundus, alteri ædes, uni uſusfructus, alteri proprietas attribuatur, *l. uſusfructus 6. §. 1. ff. de uſufruct. & quemadm. &c.* & ideò ratione evictionis actio præſcriptis verbis, inferiùs exponenda, datur; aut ſubinde etiam ſortitur vim emptionis & venditionis, eô caſu, quô Judex uni hæredum res omnes, alteri æſtimationem earum pro portione contingenti adjudicat. *d. l. ſi familia ff. famil. erciſc.* & *l. ſi fratres 7. Cod. commun. utriusque judic.*

11 Ultimò circa extinctionem ſeu præſcriptionem hujus actionis adhuc difficultas eſt explananda, ubi quidem in eo communiter conveniunt DD. quòd, licet cohæredes res hæreditarias ut communes per 30. annos poſſederint, tamen huic non præſcripſerint, quoniam ad diviſionem aliquem provocare eſt actus meræ facultatis. *l. in communione ult. Cod. comm. divid. l. in hoc judicio 14. §. 2. ff. eod.* quando autem per 30. annos unus ex cohæredibus ſolus res hæreditarias poſſedit, nihilque de fructibus ſuo cohæredi communicavit, & expenſas in hæreditatem ſuo ſolùm, non communi nomine fecit, non idem omnium eſt ſenſus; alij enim, inter quos eſt Struvius *ſynt. jur. civil. exercitat. 15. theſ. 27.* Lautterbach. *ff. hic. theſ. 27.* Wiſenbach *ad ff. diſput. 22. theſ. 1. n. 22.* & communiter omnes, per *l. 1. §. 1. Cod. de annal. except.* præſcriptum actioni eſſe aſſerunt; mihi tamen hæc opinio in his ſimpliciter terminis propoſita diſplicet, ac propterea cum Prænob. ac Magnif. D. de Baſſis in *prælect. publ. Cod. commun. utriusque judic.* meliùs teneo, nec in hoc caſu huic actioni directè eſſe præſcriptum, quoniam dividere, ſeu ad ipſam diviſionem provocare eſt actus meræ facultatis, qui ante prohibitionem unius, & acquieſcentiam alterius non quaſi poſſidetur, ac per conſequens etiam ei non præſcribitur, unde ad hoc, ut huic actioni & ſequenti directè præſcribatur, requiritur, ut Titius Mævium ſuum cohæredem ad diviſionem hæreditatis provocaverit, & Mævius ei diviſionem faciendam denegaverit, à quô tempore Mævius conſtituitur in quaſi poſſeſſione, & ſi Titius eum per 30.

30. annos ita possidere permittit, huic actioni directè quoque præscribet Mævius, quo de casu intelligenda est allegata *l. 1. §. 1. Cod. de annal. except.* dixi, *directè*, indirectè enim & in consequentiam in casu, ab adversæ sententiæ Patronis posito, etiam huic actioni præscribitur, siquidem tanto tempore res hæreditaria usucapitur, ergò indirectè necessario quoque huic actioni erit præscriptum.

ACTIO

Communi dividundo.

SUMMARIUM.

1. *Describitur actio* communi dividundo.
2. *Annotatur subjectum activum hujus actionis*,
3. *Adversus quem detur*,
4. *Describuntur res, circa quas hæc actio versatur.*
5. *Explicatur textus in* l. arbor §. ult. ff. comm. divid.
6. *Quid, si quis per divisionem sit læsus?*
7. *Exponitur, quid sit sentiendum in divisione extrajudiciali.*
8. *An valeat pactum de non facienda divisione.*
9. *Exponitur objectum hujus actionis.*

1 QUemadmodum pro communione universali, seu hæreditate dividenda constituta est actio familiæ erciscundæ, ita pro comunione particulari seu rebus singularibus dividendis producta est vigesima actio communi dividundo, quæ pariter describi potest, esse actionem Civilem, personalem, rei persecutoriam, duplicem, bonæ fidei, quæ datur inter socios pro rebus extra hæreditatem communibus dividendis, & præstandis ad invicem ijs, quæ hujus nomine præstari debent; hæc descriptio colligitur ex textibus in *l. nihil autem §. 1. l. per hoc §. 2. l. in hoc §. 1. ff. comm. divid. l. judicium ff. fin. regund.* causa remota hujus actionis est quasi contractus, proxima est obligatio, sicut in præcedenti quoque actione dictum est; illud circa hanc actionem non refert, sive res sit communis ex societate contracta, sive absque ea, *l. arbor §. si per.* in verb. *quod enim communio ff. comm. divid. l. ad officium Cod. eod.* quin imò, licèt res diversis ex causis sit facta communis, argt. *l. etsi 8. § 1. ff. eod.* aut denique etiam aliqua præcesserit divisio,

ex

ex qua res quædam indivisa remansit, constanter tamen hæc actio competit. *dict. l. per hoc 4. §. 2. ff. comm. divid.*

2 Porrò subjectum hujus actionis activum regulariter sunt socij, seu qui rem ex quacunque causâ cum alio communem habent, sive possideant, sive non; requiritur tamen, ut agens, seu hanc actionem instituens sit Dominus rei communis, ne videlicet exceptione, quòd nullum habeat jus in re actor, repelli possit. Oldendorp. *class. 4. act. 22.* 2. Utilis verò actio communi dividundo datur ei, qui rem cum alio communiter in pignus accepit. *l. communi dividundo* §. *si duo sunt ff. h. tit.* 3. hanc actionem movere quoque potest, qui rem cum alio ita communem obtinet, ut pro eâ vindicandâ habeat actionem Publicianam, *cit. l. communi dividundo*, *§. 2. ff. dict. loc.* 4. conceditur usufructuario, qui usumfructum communem cum aliquo habet, vel si duo aut plures in possessionem legatorum missi sunt. *cit. l.* §. *cum de usufructu ff. dict. tit.*

3 Porrigitur hæc actio adversùs illum, qui divisionem faciendam absque justa causâ denegat, argt: *l. ult. Cod commun. divid.* sive dein possideat, sive non, item non modo hæredibus actoris, sed etiam adversùs hæredes rei, instar aliarum actionum personaliũ, extenditur. Oldendorp. & communiter DD. in *l. per hoc judicium ff. commun. divid.* quin imò protenditur non minùs ad singularem successorem, in quem socius suam partem alienavit. *l. frater 1. Cod. comm. divid. l. in hoc judicium ff. eod.* in quo casu non est necesse venditionem seu distractionem revocare, sed directè hæc actio contrà talem, in quem socius partem suam alienavit, movetur.

Objectum hujus actionis sunt vel res communes, vel præstationes personales; res quidem quod attinet, datur hæc actio de omnibus rebus, exceptâ solâ hæreditate, textus sunt in *l. 1. l. 4. l. 13. ff. comm. divid.* ut autem directa competat actio, debent esse res corporales, pro incorporalibus enim sola competit utilis, quemadmodum pluribus est annotatum in *l. communi dividundo §. 2. & seq. ff. hic.* vide de hoc objecto specialiùs differens Colleg. Argentorat. *ff. hoc tit. à n. 12.* porrò sicut in actionem familiæ erciscundæ non veniunt nomina & obligationes, per ibi adducta, ita etiam hac actione obligationum & nominum divisio non petitur. *l. si actum §. 43. ff. pro soc.* 2. ab hac actione removentur servitutes, quoniam illarum separatim nulla potest esse communio. *l. arbor. §. si per eundem ff. hic.* 4

Huic tamen assertioni obstare videtur *dict. l. arbor* §. *ult. ff. hic* & *l. Lucio Titio 4. ff. de aq. cottid. & æstiv.* in quibus asseritur de hujusmodi servitutibus utile judicium communi dividundo dari. Resp. ex dictis textibus non evinci, servitutum esse in dividuo communionem, 5

ſeu ejusdem numerô ſervitutis, ſed illud in *dict. text.* ſolummodò dici, eſſe plures per eundem fundum ſervitutes, quæ per ſe diſtinctæ & ſeparatæ debentur, ſolóque uſu per actionem communi dividundo diſtinguuntur, ſicut ex accurata *dict. text.* lectione clariùs liquet, conſequenter ſolùm per accidens in actione communi dividundo earum fit mentio. 3. hac actione peti non poſſunt res, quæ non ampliùs communes, ſed ſemel diviſæ ſunt, *l. 1. in fin. ff. hic.* & plures, quæ enim in actionem familiæ erciſcundæ non incurrunt, etiam in hanc non veniunt.

6 Non levis hoc locô fervet controverſia, an, ſi quis per diviſionem læſus, talis diviſio reſcindi debeat? ubi interponenda eſt diſtinctio inter diviſionem judicialiter, & extrajudicialiter factam; in illa ſi quis etiam ultra dimidium eſt læſus, nulla fit reſciſſio propter auctoritatem rei judicatæ, quæ ob læſionem non reſcinditur, niſi ſententia per appellationem ſuſpenſa ſit, argt. *l. peremptorias Cod. ſentent. reſcind. non poſſ. l. ſub ſpecie Cod. de re judic.* conferantur DD. quos allegat & ſequitur Brunnem. *in l. 46. ff. famil. erciſc.* Adverſari quidem videtur text. in *l. Lucius 38. ff. dict. tit.* quæ dat læſo ultra dimidium actionem ad diviſionem reſcindendã, ſed Reſpondeo, quemadmodum illa Lex de diviſione extrajudiciali loquitur, ita de caſu & controverſia hac meâ non eſt intelligenda.

Si autem quæſtio ſit de diviſione extrajudicialiter, & privato hæredum arbitriô facta, tunc licet quis infra dimidium per talem diviſionem læſus ſit, nihilominùs tamen ad æqualitatem reducitur diviſio, tametſi læſus ſit major, per text. celeberrimum in *l. majoribus 3. Cod. commun. utriusque judic.* ubi dicitur, *majoribus etiam per fraudem, vel dolum, vel perperàm ſine judiciô factis diviſionibus ſolet ſubveniri &c.* Bacchovius *in Treutl. vol. 1. diſput. 19. theſ. 12. litt. C.* Lauterbach *in ſuis concluſ. forens. exerc. 20. theſ. 9.* Berlich. *part. 1. deciſ. 146.* ubi rationem dat, quòd diviſio ſit quædam computatio, & ideò, ſi erratum eſt, ut, quia non exſtat, vel minùs exſtat, quod datum & diviſum eſt, meritò ad æqualitatem reduci debeat, ad cujus opinionis confirmationem allegat præjudicium. quamvis autem in hac controverſia Bacchovius *in Treutl. dict. vol. 1. diſput. 19. theſ. 12.* & alij ſoleant diſtinguere, an talis diviſio fuerit adimpleta, & rei traditione conſummata, vel non, & priori caſu negent poſſe ad æqualitatem reduci, poſteriori autem concedant, mihi tamen cum Antonio Merenda *lib. 1. controv. c. 31.* & Lauterbach *ff. famil. erciſc. theſ. 25.* hæc diſtinctio penitùs reijcienda, & indiſtinctè tenendum videtur, diviſionem inæqualiter factam in meliùs reformari poſſe, ratio quippe eadem eſt in priori, quæ in poſteriori caſu, tum quia partes ideò diviſionem inſti- 7

stituunt, ut quilibet suam acquirat portionem, per consequens quævis inæqualitas eorum voluntati sit contraria, tum etiam quia querela primùm post perfectum contractum instituitur; ex quo liquet, latam esse differentiam inter reliquos bonæ fidei contractus, & divisiones, in illis enim naturaliter & negotiativè se invicem circumvenire licet, *l. 16. §. 4. ff. de minor.* secùs in his, *d. l. 3. Cod. commun. utriusque judic.*

8 Alterum, quod circa objectum hujus actionis enixè observari debet, quæri potest, an, si inter socios conventum, ne à communione discedatur, nihilominus ad divisionem quis provocare possit? Affirmativa opinio mihi est certa, quoniam tale pactum, utpote contra substantiam dominij in disponentis arbitrio consistentis, nullas obtinet vires. *l. nulla 70. ff. pro soc. l. in hoc judiciũ §. si conveniat. ff. comm. divid.* tametsi aliter in pacto, ne ad certum tempus à communione discedere liceat, obtineat, cùm in tali casu pactum valeat, & paciscentes obliget. *Gloss. in dict. §. si conveniat. ff. hoc tit.*

Objectum autem secundarium hujus actionis similiter, veluti in præcedenti actione dictum est, sunt præstationes personales, ut nimirùm ille, qui rem communem solus possedit, fructus alteri consocio pro qualitate eorum, sive bona, sive mala fide consumpti sint, vel denique exstent, restituat, juxta *l. 22. Cod. de rei vindicat.* alter econtra sumptus factos & damna resarciat, per *cit. l. per hoc judicium §. sicut autem ff. hic.* ad hoc tamen, ut hæ impensæ repeti possint, requiritur, ut factæ sint à sciente rem esse communem, nam si factæ forent in rem communem, tanquam propriam, hæc actio cessaret. *l. si quis 29. ff. hic.* 9

ACTIO

Ad exhibendum.

SUMMARIUM.

1. Formatur casus hujus actionis.
2. Subijcitur ejus definitio.
3. Cui hæc actio, &
4. Adversùs quem detur.
5. Est in rem scripta, ideò datur adversùs quemvis possessorem.
6. Monstratur objectum hujus actionis.
7. Quid, si quis exhibere nolit?
7. Hodie mandata compulsorialia in hujus locum succedunt.

Vigesima

1 Vigesima prima Actio est, quæ dicitur ad exhibendum, pro cujus accuratiori declaratione lubet subjicere casum, quô res mea mobilis mihi est ablata, aut eam quovis modô amisi, audio verò, similem rem à Mævio esse emptam, incertus tamen, an hæc ipsa mea sit; hinc ad amoliendam incertitudinem, substernendámque faciliorem vindicandi viam prodita est hæc actio, quæ haud dubiè summâ nititur æquitate, quid enim æquius justiùsq; est, quàm ut mihi absque detrimento Mævij res exhibeatur, quam, si mea fuerit, vindicare possum, si minùs, Mævius nec famæ, nec patrimonii damnum sustinet.

2 Potiùs igitur dicenda est dativa, juxta principia *in tract. prælim. obser. 3. n. ult.* adducta, pluribúsque persequitur Fibigius *exercit. 13.* Describitur passim ab Authoribus, quòd sit actio civilis, personalis, in rem tamen scripta, rei persecutoria, arbitraria, præparatoria, cujus causa remota est summa æquitas, à lege specialiter accepta, proxima est obligatio, etsi enim fundamentum hujus actionis videatur esse jus rerum, cùm tamen non ad rem vindicandam, & restituendam, sed solùm ob interesse aliquod ad exhibitionem sit præstituta, personalis est. *l. 3. §. 3. ff. ad exhibend.* exhibere autem nihil aliud est, quàm *facere in publico potestatem, ut ei, qui agit, experiendi copia sit*, juxta descriptionem Pauli in *l. 2. §. fin. ff. hic.*

3 Competit autem omnibus, quorum interest, rem exhiberi, interesse autem debet 1. pecuniariter, *l. 13. ff. eod.* id est, ratione rerum, vel bonorum, sive dein quis in rem, sive in personam sit acturus. Wisenbach. *ff. hic.* Struv. *eod. thes. 32.* 2. interesse oportet ex justâ causâ, quæ qualis sit, arbitrio Judicis tribuitur, circumstantias rerum & personarum ponderantis. *l. 3. §. 9. & 11. ff. h. tit.* justa causa verò in genere est, quando quis pro re aliqua actionem realem habet, quâ eam vindicare sibi proponit, aut si habeat actionem personalem, e. g. si servus furtum perpetrasset, qui equidem de facie, non verò de nomine notus est, non potest mox ad actionem noxalem prosiliri, sed priùs movenda est actio ad exhibendum, per *text. litteral. in l. 3. §. 7. ff. hic.* quin est quoque præparatoria interdictorum restitutoriorum, vel prohibitoriorum; *l. 3. §. 5. ff. eod.* hæredibus ut talibus hæc actio propriè non est concessa, quoniam propriô, non hæreditario nomine est definita. *l. 12. §. ult. ff. hic.* Eckolt *eod. §. 3.* Petr. Myller. *in Struv. Syntag. jur. civil. exercit. 15. thes. 32.* Brunneman. *in l. 12. §. ult. cit. ff. hic.*

4 Subjectum passivum constituunt possidentes, & detinentes res mobiles, *l. 3. §. ult. & l. 4. ff. eod.* modò habeant exhibendi facultatem; *l. 5. in princ. & §. ult. ff. h. tit.* Struv. *d. l.* Lauterbach. *ibid. §. 9.* tenetur ergo hac actione 1. creditor, si rem pignoris locô detinet,

l. 16. ff. de usurpat. & usucap. 2. depositarius, conductor, atque commodatarius, *l. 3. §. fin. l. 4. ff. hic.* sive sit pater: sive filiusfamilias, unus, aut plures; quin & 3. contra Civitates & Collegia protenditur; Wisenbach. *ff. hic n. 4.* 4. adversùs illum, qui post litis contestationem dolô malô desijt possidere, *l. 5. §. 2.* & *l. 9. ff. ad exhib.* ratio est, cùm dolus pro possessione sit, quo casu ad omne interesse per jusjurandum determinabile competit. Si autem res fatali casu post litis contestationem est perempta, non tenetur, nisi in duobus casibus, 1. si fuit in malâ fide, & ex injustâ causâ restitit, 2. si res apud actorem eô modô non perijsset. *l. 12. §. 4. ff. hic. ibique* Brunnem.

5 Patet etiam ex superiùs præmissa descriptione, esse in rem scriptam; datur itaque adversùs quemvis possessorem, tametsi tempore condemnationis detineat, vel possideat; *l. 7. §. 4. ff. hic.* imò si semel quis fuerit absolutus, eò quòd non possideat, si tamen postea possessionem nactus sit, adversùs ipsum agi potest. *l. 18. ff. de except. rei judic.* hæres verò suo duntaxat nomine tenetur, quatenus nimirùm ipse possidet, vel detinet, nisi ex dolô defuncti sit factus locupletior, tunc enim hæreditario quoque nomine obstringitur. *l. 12. §. ult. ff. hoc tit.*

6 Objectum hujus actionis constituunt præcipuè res mobiles, *l. 2. ff. l. 6. Cod. ad exhib.* etiam illæ, quæ rebus alienis sunt inclusæ, vel junctæ (si tignum junctum excipias) etsi enim hæ directè nequeant vindicari, ad exhibendum tamen agi potest, ut separentur, & excludantur, vide exempla apud Petr. Myllerum *in not. ad Struv. d. loc. thes. 34.* sunt autem res exhibendæ in eâ causâ, in quâ fuerunt tempore judicij accepti. *l. 9. §. 5. & seq. ff. hic.* Lautterbach *eod. §. 11.* Struvius *alleg. loc. thes. 34.* non raro tamen & res immobiles in objectum deveniunt, si actori sunt incognitæ, ex. gr. si actor ignoret, quibus terminis fundus sit inclusus, quemadmodum loquitur Lautterbach *ff. hic. thes. 10.*

Si verò ille, qui exhibere quidem potest, sed per contumaciam reclamat, aut dolô malô facit, quò minùs possit res exhiberi, adversùs eum juratur in litem. *l. 5. Cod. ad exhib.* in quo sensu hæc actio arbitraria dicitur; *l. 3. §. 2. ff. eod.* & si dolô aut culpâ res deterior facta exhibeatur, hac quidem actione absolvi exhibens debet, potest tamen ulteriùs L. Aquilia pulsari. *l. 17. ff. hic. l. 7. Cod. eod.* Collimat ergo hæc actio solùm ad exhibitionem, non verò ad restitutionem, nisi per accidens, exhibere verò & restituere in eo differunt, quòd prius sit extra secretum habere, *l. 3. §. 8. ff. de tabul. exhib.* restituere est possessorem facere. Petrus Myllerus *in Struv. Syntagm. jur. civil. exercit. 15. thes.* 7

thes. 38. cœteroquin hæc actio perpetuò durat, cùm sit Civilis, & rei persecutoria.

8 Hodie de communi praxi exhibitio per mandata compulsorialia imperatur, adeóque hujus actionis usus non est adeò frequens, vide, quos allegat Struvius *syntagm. jur. civil. exercitat. 15. thes. 38.* ibique Petrus Myllerus *in not.* Brunnem. *ad l. 13. ff. h. tit.* Lauterbach. *eod. §. 13.* Perez. *ad Cod. d. tit.*

ACTIO

Interrogatoria.

SUMMARIUM.

1. *Quæ olim fuerint interrogatoriæ receptæ.*
2. *Qualis actio inde enata,*
3. *Et quare abrogata fuerit.*

1 Vigesimâ secundâ sedê occupant actiones interrogatoriæ antiquitùs usitatæ, & ex ordinis ratione actioni ad exhibendum subjiciuntur, quòd, quemadmodum hæc est cæterarum actionum præparatoria, ita & illarum, interrogatoriarũ scilicet, hic finis esset, ne actor plus petendô causâ caderet, quam ob rem si actor ambigebat, quantum ab reo sit petendum, aut ex quâ parte hæres esset, an fundum vel totum, vel ex parte possideret, interrogandi potestas ei erat. *l. 1. & l. 2. ff. de interrog. in jur. &c.* si igitur reus ad talem interrogationem respondit, vel dolô malô negavit, aut omninò tacuit, & per contumaciam nihil reposuit, effectus harum interrogatoriarum fuit, ut ex illa responsione fuerit nata actio interrogatoria, seu confessoria.

Erat hæc actio prætoria, quâ interrogator & ejus hæres agebat adversùs interrogatum vel confessum, & ejus hæredem, ad hoc, quod erat confessus; *l. 11. §. 9. ff. eod.* si autem falsò negavit, aut contumaciter in jure tacuit, in pœnam mendacij & contumaciæ incidebat, & in solidum conventus condemnabatur. *l. 11. §. 4. ff. hic.* Wisenbach. *eod. n. 3.* 2

Temporum autem successus has interrogationes submovit, iniquum enim videbatur, reum adstringi ad porrigenda arma, queîs ipse configatur, & ad subministrandam occasionem, quâ convincatur, cùm actor ipse instructus ad judicium comparere, non verò probationes 3

de

de domo adversarij depromere debeat. Hodie ergo iste interrogandi modus absolutè exulat, *l. 1. ff. hic*; & alia interrogatoria & positiones inductæ, quæ materiæ probationum deserviant, de quibus consulantur, qui ordinem processûs commentarijs illustrant; interrogationes tamen à jure communi in favorem rei introductæ adhuc perdurant. vid. *tot. tit. de petit. hæred. & act. Public.*

ACTIO

De servo corrupto.

SUMMARIUM.

1. *Quæ sit inter hanc, & actionem* L. Aquiliæ *differentia.*
2. *Definitur hæc actio.*
3. *Cui detur, & contra quem.*
4. *Ad quid competat.*
5. *Quando, & quibus sit concessa utilis.*
6. *An quoque concedatur corrupto.*
7. *An filiabus & ancillis concedatur adversùs patrem, & Dominum.*
8. *Utrùm sit famosa.*

1 Vigesimum tertium locum intrat actio de servo corrupto, quæ, licet proximè accedat ad actionem L. Aquiliæ, in duobus tamen distat; hâc enim, L. Aquiliæ nimirum, vindicatur damnum in corpore datum, si servus sit vulneratus vel occisus, illâ petitur æstimatio damni, quod est illatum per corruptionem animi & morum, adeóque quando dotes naturales sunt deturpatæ. *l. 1. ff. hic.* 2. secernuntur, quòd in actione Aquiliana sufficiat quævis culpa, *l. 44. ff. ad l. Aquil.* in actione verò de servo corruptô dolus deposcatur, *arg. l. 1. ff. hic.*

Definiri potest, quòd sit actio 2 prætoria, personalis, in duplum concepta, partim in pœnam, & partim in persecutionem rei, cujus causa remota est dolosa persuasio, vel temeraria instigatio, & consilium malum, quô servorum animi & mores in deterius abeunt, proxima est obligatio. Civilem esse contendit Wisenbach *ff. h. tit.* sed quemadmodum hæc assertio contra communem pugnat, ita liquet ex *cit. l. 1. ff. hic.* eam esse prætoriam. videatur Bacchov. ad Wisenbach. *ff. hic.* Lautterbach. Struvius, & communiter Interpp. *eod.*

3 Directa hæc actio dabatur olim Dominis ſervorum corruptorum, ſi plenum habuerunt dominium, *l. 9. §. 1. ff. hic.* adversùs corruptorem, id eſt, qui perſuaſit, ut ſervus injuriam, furtum, rapinam committat, vel ut alienum ſervum ſollicitet, ut peculium intricet, erro aut amotor exiſtat, aut illicitis artibus ſe mancipet, vel denique alio quovis modo deterior fiat; non verò dabatur contra ejus hæredem, nec in quantum eſt rei perſecutoria, cùm ex delicti hujus natura nihil ad eum pervenire potuerit.

4 Conceditur hæc actio ad duplum, hinc duplicabatur 1. id, in quantum ſervi pretium factum eſt minus, ex. gr. habebam ſervum, cujus pretium erat centum, cùm verò per alium fuerit factus furax, bibax, aut Luxurioſus, valebat ſolummodò quadraginta, duplicantur ergo ſexaginta, ita ut actio detur ad centum viginti; *§. in duplum 23. inſtit. de action.* 2. duplicabatur omne damnum Domino ſervi per corruptionem irrogatum: *l. 10.* & *l. 11. ff. hic.* 3. æſtimatio earum rerum, quas vel dilapidavit, vel ſecum abſtulit, *dict. l. 10. ff. h. tit.* 4. æſtimatio operarum, quibus Dominus carere debuit, & alia, de quibus Paulus in *l. 14. §. 7. ff. hic.* etiam quoad pœnam, cum Prætor non diſtinquat, quemadmodum in cœteris actionibus mixtis, & quidem in odium corrumpentium. D. à Widmont. *ff. hic. n. 15.* hodie directa hæc actio cum ſervitute eſt abolita.

Utilis hæc actio dabatur Uſufructuario. *l. 9. §. 1. ff. h. tit.* hodie ea conceditur 1. patri ob filios, vel filias corruptas, *l. 14. §. 1. ff. hic.* ex. gr. ſi promiſſione nuptiarum filiam quis decipiat, & ſcelus perſuadeat, aut filium ad inſana hiſtrionum conſortia alliciat, in tali caſu pater adversùs corruptores utilem actionem de ſervo corrupto movere poteſt, in quâ officiô Judicis æſtimatur, quantum interſit, liberorum mores & animi dotes non eſſe corruptas, *l. 14. §. 1. ff. hoc tit.* Struvius *ſyntagm. jur. civil. exercit. 15. th. 50.* liberorum enim æſtimatio eſt nulla, Donellus *lib. 15. cap. 25.* ſed tantùm operarum, & aliorum damnorum occaſione corruptionis profluentium; ob pecunias verò deperditas pariter concipitur in duplum. Petr. Myller. in Struvium *dict. loc.* D. Widmont *ff. hic. n. 20.* Joannes Harpprecht *in §. 23. Inſtit. de Action. num. 6.* 2. conceditur marito ob corruptionem uxoris, cùm uxor ratione operarum ſit in poteſtate mariti. *l. 48. ff. de oper. libert.* Schneidewvin. *in §. 23. Inſt. de action.* 3. datur patrifamillas propter corruptos famulos, Petrus Myllerus *in Struv. dict. loc.* Lauterbach *ff. hic §. 6.* 4. indulgetur Principibus & Magiſtratibus ob ſubditos quôvis modô ſeductos, facilis enim obtingit corruptio 5

ptio per hæreticos, & alios homines planè phanaticos, aut seditiosos.

6 Quô in locô exoritur dubium, utrùm hæc utilis actio quoque impertienda sit ipsi corrupto? Negat hoc Clarissimus D. à Widmont *ff. hic n. 22.* ex ratione, quod volenti non fiat injuria; quæ sententia quoque de rigore juris ex data ratione verior est; si autem Juvenis quidam, parentibûs orbatus, à pravo sodalitio, seu petulantibus Scholaribus per popinas, aleas, & scortationes seductus, viaticum & pecunias, in alios sumptus necessarios destinatas, dilapidavit, non absque Juris ratione hæc actio ei concedi poterit contra seductores, ad æstimationem damni in duplum. Schneidevvin. in *§. 23. instit. de action. n. 11.* Struvius *Syntagm. jur. civil. exercit. 15. thes. 50.* ibique Petr. Myller. Brunnem. *in l. 14. §. 1. ff. hic.* per rationem, cùm aliàs corruptor hanc detestabilem corruptionem impunè ferret.

7 Ultimò datur hæc actio filiabus-familias & ancillis, à patre vel Domino prostitutis, contra patrem & Dominum, coram Episcopo instituenda, ut à potestate dimittantur. *l. Lenones 12. Cod. de Episcop. audient.* Brunneman. *ibid.*

Postremò dubitatur, an hæc actio sit famosa; affirmat hoc D. à Widmont *ff. hic. n. ult.* cùm dolum adjunctum habeat; negat Lauterbach *ff. eod. §. 3.* cùm non notetur auctoritate Juris, cui & ego subscribo. Alia etiam remedia contra servos fugitivos præscribuntur in *tit. ff. de serv. fugitiv.* illa verò pro variò casu sunt varia, in alijs locis jam descripta, vel describenda, adeòque singularis eorum deductio necessaria hic non est; inter illa verò specialem meretur mentionem condictio, quæ competebat Dominis ad repetendos servos, qui qualibet calliditate atque fraudulentô modô ad sacros ordines fuerunt promoti. *cap. servorum X. de serv. non ordinand.* ibique latè Gonzalez. 8

ACTIO
Condictitia de Aleatoribus.
SUMMARIUM.

1. *Quotuplici modo accipiatur* alea.
2. *Quid sit lusus.*
3. *Quotuplex sit lusus.*
4. *Quæ sint lusûs conditiones.*
5. *De jure civili sunt prohibiti.*
6. *Delineatur actio* hoc tit. *proposita.*
7. *Cui detur,*
8. *Adversùs quem porrigatur, & an ante Judicis sententiam resti-*

stituere teneatur.
9. *Qui ludi olim fuerint permissi.*
10. *Quid sint sponsiones, & quomodo differant à reliquis ludis.*

1 Vigesima quarta actio est condictio de Aleatoribus; Aleæ autem vocabulum variè sumitur, præcipuè verò duobus modis, in genere nimirùm, & in specie: priori modo accepta complectitur omnes ludos, in quibus fortuna imperium tenet, hinc omnia, quæ ab incerto eventu pendent, & dubijs casibus subjacent, aleæ concredita esse dicuntur. *l. 8. §. 1. ff. de contrah. empt.* posteriori modo, & in specie accepta lusum taxillorum denotat; in hoc igitur titulo aleatores sunt, qui quibuslibet ludis lucri causâ mancipati sunt.

2 Quemadmodum autem alea variè accipitur, ita ludus diversimodè à diversis describitur; mihi præ cœteris placet definitio, quam efformat Lauterbach. *ff. de aleat. §. 4.* quòd nempe sit conventio, seu negotium innominatum, quo inter plures super re utrinque proposita decisum, ut, qui in lusu victus fuerit, rem suam amittat, & victor jure victoriæ utrumque capiat; finis ludi æstimatur jucunditas, animi voluptas, atque recreatio, & per accidens quoque lucrum.

3 Porrò lusus est triplicis generis, vel solius artis, vel solius fortunæ, vel utriusque, partim artis, partim fortunæ. Artis lusus est, qui arte, animi atque ingenij excolendi causâ exercetur, cujus exempla præstituit Paulus in *l. 2. & 3. ff. hic.* Ludi solius fortunæ sunt, qui ex incerto sperantur eventu, atque in quibus fortuna dominatur; ludus mixtus est, qui artis & fortunæ arbitrio subjacet.

Ludi ex naturâ suâ, & in se de jure Naturæ non sunt prohibiti, cùm non sit moraliter inhonestum, quid ponere in casum victoriæ: Molina *de iust. & iur. tom. 2. tract. 2. conclus. 510.* Laymann. *Theol. moral. lib. 3. tract. 4. cap. 21.* Lauterbach *in conclus. forens. exercit. 21. à thes. 6.* præsertim si sequentes accedant conditiones: 1. quòd ludens liberam habeat rerum suarum administrationem, 2. absque vi & metu ludum adornet, & 3. leges ac regulas custodiat, quæ tali lusui specialiter sunt definitæ, 4. ut sit colludentium æqualitas. vid. Haunold. *de Justit. & jur. tom. 3. tract. 10. cap. 12. controv. 1.* in quâ tamen ultima conditione magna sanè est difficultas, quæ à vario ludorum genere exoritur, illorum præsertim, qui à fortunæ eventu dependent, in quibus vix poterit deposci inter ludentes æqualitas, si utrinque versentur sortis vices. 4

De jure autem positivo lusus saltem in genere fuit prohibitus, varijsque pœnis constrictus, quemadmodum tum ex Edicto Prætoris in *l. 1. ff. hic*, tum ex *l. ult. Cod. eod.* liquet. ratio partim in *d. l. ult.* subjicitur, partim verò hæc assignatur, 5

quòd

quòd Reipublicæ intersit, aleatores non secus, ac validos mendicantes & otiosos homines à provincijs proscribi, cùm per frequentationem ludorum non solùm Respublica, sed & privata societas gravissimè lædatur, lusus enim est desidiæ & prodigalitatis instrumentum, discordiæ & rixarum Seminarium, quótque puncta sunt in taxillis, tot crimina sunt in illis, prout graphicè aleatodescribit Petrus Myllerus *in not. ad Struvium Syntagm. jur. civil. exercit. 15. thes. 53.* Ut igitur evitentur blasphemiæ, & discordiæ, & ne homines per lusum ad paupertatem detrudantur, de jure Civili ludus est prohibitus, *d. l. ult. Cod. de aleat.* inter alias autem pœnas statuta & hæc est, quòd nulla detur actio, nec, si ad creditum, & datâ etiam solvendi fide lusus fuerit adornatus, solvere quis teneatur, neque si pecunia ludentibus sit mutuò data. Si verò ludentes pecuniam, vel res alias exposuerunt, eáque victori fuit soluta, repeti per condictionem *de aleat.* illa potest.

6 Condictio hæc est actio civilis, personalis saltem ex parte rei conventi, cùm restitutio in pœnæ modum sit injuncta; causa remota est lex Civilis, quoniam de jure gentium solutio ex causâ lusûs est modus acquirendi dominij, proxima est obligatio. Non unum autem hæc actio sortitur singulare: 1. enim ab alijs condictionibus & actionibus in hoc exorbitat, quod devolvatur ad fiscum sine cessione; 2. quòd detur solventi simpliciter, & ex errore juris etiam, condictio autem indebiti & aliæ similes conceduntur solventi ex errore facti tantùm; 3. indulgetur hæc condictio, tametsi repetens in pari versetur turpitudine, uterque enim contra prohibitionem legis ludens turpiter agit quidem, in odium tamen ludentium etiam tunc repetitio conceditur. 4. huic actioni non præscribitur, nisi spatio 50. annorum. *l. ult. tit. Cod. de Aleat.*

Subjectum activum constituunt sequentes personæ. 1. datur illi, qui pecuniam vel aliam rem in lusu perdidit, & solvit; 2. ejusdem hæredibus, si verò 3. hi negligunt, aut movere recusant, in Civitatibus devolvitur ad Præfectum urbis, in municipijs ad Episcopum, & defensorem; postremò denique ad fiscum delabitur, *l. 1. Cod. de aleat.* res verò vel pecunia repetita ad opera publica impendenda est. *l. ult. Cod. d. tit.* 7

Subjectum passivum, seu contra quem datur, est ille, cui ex causâ lusùs est facta solutio, ejúsque hæredes, si ad eos res pervenit. Lauterbach. *ff. hic.* hinc ambigitur, utrum quis ante Judicis sententiam restituere teneatur? In affirmativam inclinat Brunneman. *in l. 3. Cod. hic.* sed negandum est, ut latè per rationes dubitandi & decidendi exponit Haunold. *de Jur. & Justit. tom. 3. tract. 10. controvers. 1. §. 5.* Anton. Perez *Cod. hic. n. 6.* ratio est, quoniam, licet prohibeat lusum, non tamen 8

men eum absolutè irritat, aut dominij translationem impedit, sed in pœnam solummodò illiciti concedit soluti repetitionem; hinc nec illi, qui solvit, tacitâ compensatione uti licet, cùm repetitio tantummodò concessa sit per legitima remedia, non verò eum in finem, ut quis per clancularium compensationem jus sibi dicat.

9 Quemadmodum autem certæ ludorum species jure communi Justinianeo sunt permissæ, quæ annotantur in *l. ult. Cod. de aleat.* pro quarum faciliori intellectu sciendum, certum fuisse olim in ludis usitatum instrumentum, quod contus nuncupabatur, qui erat hasta longior, ad traijciendum & percutiendum accommodata; erat igitur permissus singularis quidam saltus in conto, 2. saltus contô suffultus, 3. jaculatio seu lusus hastæ sine cuspide, 4. colluctatio, & ultimò lusus equestris, vel cursus equorum; vid. post Panciroll. in *thesaur. var. lect. lib. 1. cap. 48.* Lauterbach. *ff. hic thes. 8.* aliter eos describit Tuldenus *ad Cod. hic. n. 2.* nec tamen in his ultrà solidum ludus institui potuit; *d. l. ult. Cod. de Aleat.* ita etiam de Jure Bavarico, *Ordinat. Polit. l. 5. tit. 8. art. 1. & seqq.* unus altérve lusus toleratur, præsertim verò *art. 9. cit. tit. 8.* à prohibitione personæ honoratiores excipiuntur.

10 A ludis hactenùs expositis in quibusdam distant sponsiones, passim, & præsertim inter mercatores receptæ, quæ describuntur à P. Haunold. *dict. tom. 3. tract. 10. controvers. 2.* quòd sint contractus, quo duo vel plures de veritate vel eventu alicujus rei concertantes sibi aliquid spondent, ut id ejus sit, qui veritatem est sortitus. Etsi illicitas esse contendant relati apud Haunold *cit. loc.* mihi tamen omni jure permissæ esse videntur, *l. 17. §. fin. ff. de præscript. verb. & l. 3. ff. hic l. 57. & l. 68. ff. de V. O.* Molina *de J. & J. tom. 2. disput. 508.* Haunold *dict. loc.* & plures relati à Lauterbach *ff. hic. §. 23.* differunt verò sponsiones à reliquis ludis, quòd hi non rarò gratis instituantur, non verò illæ. 2. ludi solummodò recreationis etiam, & remittendi animi gratiâ fiunt, non autem sponsiones, quæ solius lucri causâ suscipiuntur. 3. lusus de rebus futuris, sponsiones de præteritis quoque adornantur, e. g. an civitas expugnata, an victoria obtenta fuerit, in quibus tamen sponsionibus dolus & fraudulenta captio abesse debet. vid. cit. Haunold. *dict. loc.* Lauterbach. *ff. de aleat. §. 27.* & alij ibi relati, singulariter verò Petr. Myllerus *in not. ad Struv. Syntag. jur. civil. exercit. 15.* ubi varias species captatoriarum sponsionum recenset; qui verò veritatem est sortitus, habet actionem præscriptis verbis adversùs consponsorem, si nulla intervenerit stipulatio, hæc si interposita sit, ex stipulatu tunc agere potest. consulatur Lauterbach. *ff. hic. §. ult.*

ACTIO

Ex Edicto, si mensor fals. mod. dix.

SUMMARIUM.

1. *Quomodo olim confinia secernebantur.*
2. *Describitur hæc actio, & quibus detur; adversùs quos item porrigatur.*
3. *Quodnam sit ejus objectum.*
4. *Cui detur utilis.*

1 Vigesima quinta actio descendit *ex tit. ff. si mens. fals. mod. dix.* Antiquitati enim Romanæ usitatum erat, confinia per agrimensores ordinare, & in certitudinem reducere, qui tamen mensores conduci, aut operas locare non solebant, sed potiùs per familiaritatem & amicitiam præstabant, unde honorarium, non merces in remunerationem eis dabatur. Si igitur mensor per falsam aut iniquam modi renuntiationem damnum aut læsionem intulit, adversùs eum Prætor judicium, seu hanc actionem dedit, quæ est quasi famula actionis finium regundorum, & subsidiaria, cùm de jure Civili nulla fuerit prodita actio.

2 Est Actio Prætoria, personalis, rei persecutoria, causa ejus remota est dolosa aut culposa modi renuntiatio, proxima est obligatio; datur omnibus, qui per falsam talem renuntiationem damnum sunt perpessi, *l. 3. §. 1. ff. hic.* & eorum hæredibus; *d. l. 3. §. 5. ff. eod.* originaliter quidem contra solum agrimensorem, tractu tamen temporis protensa est hæc actio adversùs aliarum quoque rerum mensores, velut ædificij, vini, frumenti, *l. 5. §. final. ff. hic.* absque discrimine, utrùm per se, aut per alios falsum modum determinârint. *l. 1. §. fin. l. 2. ff. hic.* nec refert, sive talis mensor à solis partibus sit vocatus, sive auctoritate Judicis constitutus, semper enim, si falsum modum renuntiavit, hac actione pulsari potest. *l. 3. §. 4. ff. hic.* & quidem non solùm eo casû, quô honorarium est promissum, vel datum, sed etiam, quô gratuitam præstitit operam. *l. 1. §. 1. ff. hic.* adversùs hæredes non porrigitur, cùm oriatur ex delicto. *l. 3. §. 5. ff. hic,* præstat autem mensor dolum & culpam latam. *l. 1. §. 1. & 2. ff. hic.* non verò levem, ex ratione in ipso textu reddita, sibi enim imputare quis debet, quòd imperitû elegerit, etsi Oetinger *de limit. cap. 16. fol. mihi 115.* aliique mensorem quoque ad culpam levem obstringant, præsertim de ho-

hodierna praxi, quâ illum, qui artem profitetur, de omni culpâ teneri passim asserant. Widmont. *ff. hic. n. 8.* si plures adhibiti sint mensores, & falsum modum determinârint, omnes in solidum hac actione tenentur, *l. 3. ff. hic.* unô tamen solvente reliqui liberantur, cùm unum sit delictum, Brunnem. *in d. l. 3.* Wisenbach *ff. hic n. 4.* Zoesius *eod. n. 2.*

3 Objectum hujus actionis est interesse actoris, *l. 3. §. 1 ff. hic.* falsum modum non esse renuntiatum; quòd si hoc interesse per aliud remedium reparari possit, cessabit hæc actio, cessant quippe extraordinaria remedia, ubi sufficiunt ordinaria. Wisenbach. *ff. hic n. 5.*

Utilis actio porrigitur ad illos, 4 qui mensores non sunt, in modô tamen pronuntiandô fefellerunt. *l. 7. §. 1. & 2. ff. hic.* quales sunt Architecti, calculatores, taxatores, hi enim si in computatione vel æstimatione fefellerunt, hac actione pulsandi veniunt, *dict. l. 7. §. 1. ff. h. t.* cœteroquin hæc actio est perpetua, *l. 4. ff. hic.* ibique Brunnem. qui rationem subjicit, cùm ex susceptô negotio originem trahat.

ACTIO

In factum Ex *Titulo* de Religios. & Sumpt. fun.

SUMMARIUM.

1. Quid sit locus religiosus.
2. Describitur hæc actio, & ejus subjectum activum;
3. Subnotatur subjectum passivum.
4. Quod sit ejus objectum.

1 VIgesimò sextò hanc Pandectarum partem claudunt actiones ex *tit. de Religios. & sumptib. fun.* Constat autem ex notis juris principijs, quòd antiquitus locus religiosus privata fieri auctoritate solebat, dicebatúrque portio fundi, in quem cadaver humanum animô sepeliendi, ab eo, qui jus inferendi habebat, illatum est; si igitur quis in loco tumulavit corpus humanum, in quô jus non habebat, locum equidem faciebat religiosum, neque loci Dominus, vel alius, cujus intererat, cadaver non esse illatum, illud removere, vel ejicere privata auctoritate poterat, *l. 8. & l. 39. ff. hic. l. 1. Cod. eod.* sed hanc in rem prodita erat actio in factum, ut vel cadaver illatum tolleretur, vel aliô modô satisfieret. *l. 2. §. 2. ff. h. t.*

Est hæc actio prætoria, perso- 2 nalis, rei persecutoria, cujus cau-

sa

sa remota est factum, seu injusta illatio cadaveris, proxima est obligatio: directa datur Domino fundi, *l. 2. §. 1. ff. hic*, utilis autem usufructuarijs & alijs, quorum interest, quique jus prohibendi habent. *d. l. 2. §. 7. & l. 8. §. 4. ff. eod.* conceditur quoque eorum hæredibus; *l. 7. ff. eod.* socio verò adversùs inferentem non datur, *l. 2. §. 1. in fin. ff. hic.* sed potiùs uti debet actione familiæ erciscundæ vel communidividundo. Nec obstat text. in *l. 6. §. 6. ff. comm. divid.* ibi enim non principaliter hæc quæstio movetur, sed solùm tractatur, an reliquis ignorantibus & invitis locum facere religiosum possit, solummodò ergo per relationem inibi hujus actionis mentio fit. Lautterbach. *ff. hic. §. 17.* Vide Bacchov. *in Treutl. vol. 2. disp. 20. thes. 1. litt. D.*

3 Datur adversùs illum, qui jus inferendi non habuit, & ejus hæredes, *l. 7. ff. hic.* ratio est, cùm commodum sentiant, & fundum hæreditarium, cui inferendum erat cadaver, purum liberúmque retineant, eleganter Wisenbach *ff. hic. n. 4.* Lautterbach. *eod §. 16* Struvius *syntagm. jur. Civil. exercit. 15. thes. 77. ibique* Petr. Myllerus.

4 Objectū hujus actionis est resarcitio damni, quod ex mortui illatione alicui irrogatur, adeóque in specie datur, ut inferens illatum removeat cadaver, aut saltem loci æstimationem præstet, ut docet Cajus in *l. 7. ff. hic.* in favorem tamen Religionis electio competit reo convento, utrum ex his præstare velit, quemadmodum quoque sæpiùs obtingit in alternativis. *l. 10. §. ult. ff. de jur. dot.* Dices: si reus pœnæ pecuniariæ subjicitur, *l. 2. §. 2. in verb. final. ff. hic*, tunc ei non est concessa electio. Resp. textum subaudiendum esse de casu, quô quis mortuum intulit in locum jam antecedenter religiosum, ad quem tamē jus nullum habuit, tunc enim condemnatur ad pœnam; *l. 3. ff. de sepulchr. violat.* perpetua est hæc actio ad instar reliquarum actionum, quæ sunt rei persecutoriæ. *l. 7. ff. hic.* Hodie, cùm publica & Ecclesiastica Auctoritate sepulchra sint assignata, directa hæc actio non habet locum, quoniam autem multi singularia, eáque propria sibi prædestinant sepulchra, si quis, jus ad illa non habens, cadaver illuc inferat, utilis actio locum sibi vendicabit. Struv. *syntagm. jur. civ. exercit. 15. thes. 79.* Hahn in Wesenbec. *ff. hoc tit. n. 4.* Lautterbach. *eod. §. 19.*

ACTIO

De mortuo inferendo.

SUMMARIUM.

1. *Describitur hæc actio, & ejus subjectum tam activum, quàm passivum.*
2. *An detur adversùs hæredes rei.*
3. *Assignatur ejus objectum.*

1 Vigesima septima actio est de mortuo inferendo, priori contraria, & in *l. 9. ff. de relig. & sumptib. funer.* prodita; si quis jus habet in locum aliquem cadaver inferendi, & ab aliquo injustè impeditur ducere funus, mortuúmque tumulare, prostat equidem ei interdictum de mortuô inferendô, de quô inferiùs, si autem malit aliò transferre cadaver, dabitur ei actio de mortuo inferendo ad interesse; *l. 9. ff. de relig. & sumpt. fun.* Definiri potest, quòd sit actio prætoria in factum, personalis, rei persecutoria, perpetua, causa ejus remota est injustum impedimentum seu facta prohibitio, quò minùs in locum definitum cadaver inferri potuerit, proxima est obligatio; datur hæc actio omni illi, qui ob interjectum impedimentum corpus demortui in locum destinatum inferre non potuit, conceditur & ejus hæredibus, Cujac. *lib. 8. observ. 12.* Haersolt. *in tract. de action. hic*, ratio est, cùm sit rei persecutoria, & pecuniarium interesse prosequatur. Competit adversùs illum, qui impedimentum tale objecit.

An verò contra ejus quoque hæredes porrigatur, non levis ambiguitatis est quæstio. Affirmat equidem *cit.* Haersolt. *dict. loc.* ex ratione, cùm pecuniariam quantitatem persequatur: at mihi hæc ratio solida non videtur, cùm per tale à defuncto oppositum impedimentum ad hæredes vix aliquid possit pervenire, adeóque respectu horum pœnalis sit, & tametsi perpetuò duret, exinde tamen non infertur, eam ad hæredes esse transitoriam, quoniam & actiones furti prætoriæ, & aliæ earum naturam assumentes sunt perpetuæ, hoc ipsô tamen adversùs hæredes non porriguntur: minùs suffragatur textus in *l. 7. l. 31. ff. hic.* prior namque de antecedenti, posterior de funeraria actione loquitur, ut legenti patet, unde infertur, probabiliter hanc actionem adversùs hæredes non extendi. 2

Objectum illius est totum interesse, *l. 8. §. fin. & l. 9. ff. hic.* quod explicatiùs proponit Cajus in *cit. l. 9.* nimirùm in hoc cadere loci empti 3

pti vel conducti pretium, & alia plura. De hodierno jure, si quis, saltem in eodem territorio, ob debitum à defuncto relictum, cadaver inductô arrestô constringere audeat, non solùm debiti jacturam sustinebit, sed & tantundem hæredibus refundet, tertiâque parte omnium bonorum publicatâ, perennis infamiæ notâ maculabitur, *Novell. 60. cap. 1.* David Mævius *de arrest. cap. 8. à n. 225.* Brunnem. *in l. 38. ff. hic.* publici namque interest, mortuorum sepulturam non diu differri, ne cadavera foetorem excitent, & morbos invehant. *l. 43. ff. hic.* Nicolaus Boerius *decis. 182.*

ACTIO

Funeraria.

SUMMARIUM.

1. *Ratio introducta hujus actionis.*
2. *Dilucidatur definitio;*
3. *Subijcitur subjectum activum, & passivum.*
4. *Cujus sumptibus quis sit tumulandus.*
5. *Removetur objectio.*
6. *Dilucidatur objectum hujus actionis.*
7. *Quô jure vestes lugubres in expensas veniant.*
8. *Quid exposcatur, ut hæc actio moveri queat.*

1 VIgesima octava Actio est, quæ passim vocatur funeraria, in favoré sepulturæ & Religionis eâ præcipue ratione à Prætore introducta, quoniam ad sepulturam non modici deposcuntur sumptus, ne igitur ob horum defectum sepultura impediatur, sumptus facienti est præstituta actio, ut ab illis, quos talia impendia erogare oportebat, repetere queat, summa enim est ratio, quæ pro religione facit. *l. 43. ff. hic.*

2 Definitur esse Actio Prætoria, *l. 12. §. 2. ff. de religios. & sumpt. fun.* personalis, rei persecutoria, bonæ fidei, *l. 14. §. 6. ff. eod.* tametsi enim expresse non comprehendatur in *§. 28. Instit. de action.* continetur tamẽ implicitè, & reductivè ad actionem negotiorum gestorum, *dict. l. 14. §. 11.* quin major est in hac actione æquitatis habenda ratio, ac in actione negotiorum gestorum; *l. 14. cit. §. 13. ff. eod.* causa remota est quasi contractus, non tamen funerans seu expensas faciens censetur cum hærede quasi contrahere, siquidem tales sumptus ante aditam hæreditatem

tem, & eô tempore fieri ſolent, quo adhuc nullus adeſt hæres, *l. 4. ff. hic*, eámque ob rem ceſſat actio negotiorum geſtorum, cùm adhuc hæres non adſit, cum quo quaſi contrahi queat; nec cum defuncto, quoniam hoc negotium nec viventis, nec morientis erat, ſed primùm poſt mortem eſt exortum; cenſetur ergo quaſi contractum eſſe cum ipſa hæreditate tanquam perſonâ fictâ. Cauſa proxima hujus actionis eſt obligatio. Illud adhuc ſingulariter eſt annotandum, quòd hæc actio annexum habeat privilegium, vi cujus funerans omnibus creditoribus, etiam expreſſam hypothecam, aut cœteroquin jus prælationis habentibus præfertur. *l. 18. l. 19.* & *l. 45. ff. hic.*

3 Datur igitur omnibus illis, qui in alienum funus expenſas fecerunt, vel fieri mandaverunt, *l. 14. §. 13. & 15. ff. hic.* & eorum hæredibus, ad inſtar aliarum actionum ex contractu, vel quaſi deſcendentium; contra illos, queîs incumbebat neceſſitas funerandi. *l. 12. §. 4. & l. 14. §. ult. ff. h. tit.* ex quibus textibus liquet, 1. eum obſtringi, cui teſtator hoc munus demandavit, qui tamen à ſe amoliri hoc onus poteſt, ſi nihil ei à teſtatore relictum fuit, ſecùs, & ſi quid relictum eſt, illud, hoc officium contemnendo amittit. *d. l. 12. §. 4. ff. hic.* quando autem teſtator hac ſuper re nihil ordinavit, pertinet 2. ad hæredes tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento, bonorum poſſeſſores, aliósve ſucceſſores, qui enim ſentiunt commodum, ſuſtinere & onus debent, imò caſu, quô hæreditas adhuc adita non foret, ſumptus ex hæreditate ſunt reſtituendi.

Quivis autem ex proprijs impendijs eſt tumulandus, hinc ſi moritur uxor, atque bona poſt ſe relinquit, ejus hæres ſumptus funerales præſtare debet; ſi verò ex pacto vel ſtatuto dos, vel ejus ſaltem pars ad maritum devolveretur, ad exſolutionem expenſarum pro æquâ portione concurrere debet, *l. 22. ff. hic.* caſu autem, quo uxor nulla reliquit bona, nec dotem, pater ejus, ſi vivit, & ſolvendo eſt, funerare tenetur, ſi minus, tunc hæc actio quidem ad maritum devolvitur, ſed ſolùm, in quantum facere poteſt, conceſſum enim eſt in hoc caſu beneficium competentiæ. *l. 28. ff. hic.* Struvius *Syntagm. jur. civil. exercit. 15. theſ. 87.* quæ de uxore diſpoſita ſunt, ob identitatem rationis de marito quoque exaudienda. 4

Nec obſtat, quòd maritus ægrotam Uxorem indiſtinctè proprijs ſumptibus curare adſtringatur, *l. 13. Cod. de negot. geſt.* alia enim ſubeſt ratio funeris, alia morbi, in priori jam eſt matrimonium ſolutum, atq; æquitas ſuadet, quemlibet ex ſuis eſſe funerandum. *l. 14. §. 13. l. 16. ff. hic.* conferatur Lauterbach. *ff. h. t. §. 29.* ulterius porrigitur hæc actio adversùs illos, qui ex proviſione legis ad alimenta tenentur, ſecùs 5

ſi

ſi onus alimentationis proveniat ex proviſione hominis, conventione ſcilicet, vel ultimô elogiô. Petrus Myllerus *in not. ad Struvium dict. exercit. 15. theſ. 87.* ubi prolixè oſtendit, quibus debeantur alimenta, adeóque quorum ſumptibus ſepeliendi ſint.

6 Objectum hujus actionis ſunt expenſæ, ſine quibus funus honeſtè duci non potuit, *l. 12. §. 2. l. 14. §. 3. & 4. l. 37. ff. hic.* quas inter recenſetur, quidquid corporis causâ eſt erogatum, quemadmodum unguentorum, aut loci pretium, in quo defunctus humatus eſt, veſtiaria, ſarcophagi, vectura, velut in terminis enarrat ICtus Macer in *d. l. 37. ff. h. tit.*

7 De Veſtibus lugubribus dubitatur, utrùm ad objectum hujus actionis reducantur? Reſp. aut ſunt veſtes, quibus corpus defuncti tegitur, involvitur, & in tumulo conditur, vel quibus lugentes utuntur; prioris generis veſtimenta, de quibus varia exempla & hiſtorias recenſet Petrus Myllerus *in not. ad Struv. Syntagm. Jur. Civil. exercitat. 15. theſ. 88.* ad impenſas funerales reducuntur, ſi non ſit immodica pompa, & egeſtas defuncti non reſiſtat. Finckelthaus. *de jur. ſepult. theſ. 60. litt. A.* & plures relati à Myllero *dict. loc.* hoc tamen magis de praxi & conſuetudine, quàm de jure procedit, ſiquidem ſine his cadaver ſepeliri poteſt; idem aſſerendum venit de veſtibus, quas aſſumunt lugentes, de jure enim civili ob eam rationem neutiquam in cenſum harum impenſarum veniunt, omnia enim à ſumptuum funebriũ appellatione excluduntur, ſine quibus corpus honeſtè humari poteſt. *l. 14. §. 3. ff. de religioſ. & ſumpt. funer.* Garſias *de expenſ. cap. 8. n. 17.* Carpzov. *part. 1. conſtit. 28. definit. 41.* ſecùs eſt de moribus & receptâ conſuetudine, de quâ tanquam pars & ſequela luctûs inter impendia funeraria admittuntur, atque cœteris Creditoribus anteponuntur, modò ſtatui & conditioni defuncti conveniant; cujusvis loci mores, & conſuetudo igitur inſpicienda, tametſi Lauterbach *ff. de religioſ. & ſumpt. fun. §. 31.* ex juris civilis ratione contrariam, & quòd etiam de jure ad iſtas expenſas reduci poſſint, defendat.

Ad hoc autem, ut expenſas in alienum funus faciens hanc actionem movere queat, intra legitimos earum fines ſe continere debet, nè pœnam exceſsûs, jacturam nempe illius, quod ultra modum erogavit, luere teneatur, nulla enim exceſſivarum impenſarum habetur ratio, adeò quidem, ut nec voluntas defuncti conſideretur, ſi juſtam ſumptuum rationem egrediatur; quæ autem modum excedant pro ſtatu quoque & conditione defuncti, inter hos tamen ſumptus numerentur, ſpecificè tradit dict. Myllerus *cit. loc.* Hodie ad has expenſas etiam referuntur ſalaria Medicorum Chyrurgorum, & omnia impendia, in morbum defuncti facta, præſertim de 8

de statuto Bavar. Gandt, Process. *tit. 2. art. 4.* unde siquis uxori media suppeditavit, vel funus adornavit, in bonis subhastati mariti jus prælationis habet, cùm uxorem funerare maritus teneatur. *l. 12. §. 2. ff. hic l. 17. ff. de bon. authorit. Jud. possid.* vid. Magnif. de Bassis *part. 1. controv. 8.* Quoad durationem hæc actio est perpetua, cùm descendat ex quasi contractu, & rei persecutoria sit, hinc datur quoque actio contraria illi, cui incumbit necessitas funus adornandi, adversùs funerantem, ut sumptuum rationem reddat: vide, quæ tradit Myller. *dict. exercit. 15. thes. 86.* casu verò, quô hæres funus duxisset, expensas suas actione famil. erciſc. consequitur. Eckolt. *ff. hoc tit.* Widmont. *eod.*

SE-

SECTIO TERTIA

De Actionibus ex tertia parte Pandectarum.

ACTIO

Seu Condictio certi ex mutuo.

SUMMARIUM.

1. *Describitur hæc Condictio,*
2. *Duplici modo quid petitur*, certum, *vel* incertum.
3. *Quibus detur hæc actio ;*
4. *Contra quos porrigatur ;*
5. *An adversùs Præsides Provinciarum hodie detur.*
6. *Objectum hujus actionis.*
7. *Tempus, quo hæc condictio durat, est perpetuum.*

1 PRimam in tertia Pandectarum parte stationem obtinet Condictio certi ex mutuo, seu Actio mutui, sicut appellatur in *l. 5. Cod. quib. non objici: long. temp. præscript.* describi potest, quòd sit Actio personalis, stricti juris, rei persecutoria, perpetua, competens creditori ex mutuo, adversùs debitorem ex eadem causa, ad rem mutuo datam in genere repetendam. Dixi *condictio certi*,

2 Ex quibus verbis apparet, duplicem esse condictionem, aliam, quæ certum, aliam, quæ incertum quid persequitur, velut describitur in *l. 74. ff. de V. O.* certum, quod ex ipsa pronunciatione apparet, quid? quale? quantumque sit? ut decem aurei, fundus Tusculanus: incertum autem dicitur, quando non liquet, quid? quale? quantumque sit? videatur text. *in alleg. l. 74. & l. 75. §. 1. ff. eodem.* Actio mutui est condictio certi, quoniam per eam rem mutuo datam repetimus. Causa ejus remota est contractus mutui, proxima ex illo descendens obligatio, adeóque actor pro fundamento suæ intentionis hac Actio-

ne contractum probare debet.

3 Exinde etiam indubitanter fluit, quibus personis hæc Actio competat, illi nimirum, qui rem fungibilem, seu quæ pondere, numero, & mensura æstimari, & passim vendi solet, mutuam dedit: si plures sunt mutuantes, singulis pro sua portione competit, nisi aliter conventum sit. *l. cum te Cod. si certum petatur.* Secundò competit etiam absenti, cujus nomine pecunia, seu quævis alia res mutua est data, & sicut non interest, an pecunia sit absentis, vel mutuum ejus nomine dantis, ita non refert, an sciat, vel ignoret: *l. 9. §. 8. ff. si certum petatur*, hinc si alius suos nummos meo nomine, meáque voluntate mutuos dedit, etsi de stricto jure mihi hæc condictio non acquiratur, siquidem mutuum in rebus alienis consistere, & earum dominium transferri nequit, *l. 2. §. 4. ff. de reb. credit.* de singulari tamen æquitate receptum est, ut etiam alius meo nomine mutuum dare, mihíque acquirere actionem possit, *l. 15. ff. de reb. credit.* ubi, si tibi meum Creditorem pecuniam concredere jussi, etsi illa non fuerit mea, nihilominùs mihi ex mutuo obligaris; pariter tertio hanc Actionem vendicare pro sua parte potest ille, qui communem pecuniam mutuam dedit. *l. 13. §. ult. ff. eodem.* Quartò competit hæredibus creditoris, seu mutuantis *argum. l. 12. & 49. ff. de Oblig. & Act.* Illi verò, cui alienandi licentia non est concessa, si mutuum dedit, pecuniáque consumpta est, hæc condictio non tribuitur, ratio est, quoniam mutuum ab initio non valuit, ergo nec tractu temporis potest convalescere; mutuum autem tali in casu non est, partim quia res non transit, *l. 2. §. 2. ff. de reb. credit.* partim quòd consumptio ideò nihil conferat, cùm per eam, tanquam actum unius, non contrahatur; hinc si res exstat, datur rei vindicatio, si verò mala fide consumpta est, ad exhibendum agi debet, quia dolus pro possessione habetur; *l. 11. §. fin. ff. de reb. credit.* quòd si bona fide consumpti sint nummi, cessante & rei vindicatione, & actione ad exhibendum, condictio sine causâ competit. *l. 24. ff. de Oblig. & Action.* Struvius *syntagm. jur. Civil. exercitat. 16. thes. 16. & alij ibid. relati.*

Porrigitur contra illum, qui ùt Paterfamilias mutuum suo nomine accepit, sive illud ex postfacto in suam, vel alterius utilitatem impenderit *l. eum qui Cod. si certum petat.* Dixi *paterfamilias*, sin enim Filiusfamilias mutuas accepisset pecunias, propter exceptionem *SCti Maced.* nec ille, nec pater efficaciter obligatur. *tot. tit. ff. & Cod de & ad SCt. Maced. §. 7. Instit. quod cum eo, qui in alien potest.* Oldendorp. *Class. 4. Action. 17.* Secundò conceditur contra ipsum Administratorem Civitatis, vel Ecclesiæ, *L. Civitas l. 27. ff. de Reb. cre-* 4

credit. Si autem mutuum in utilitatem Civitatis versum ostendatur, ipsa Civitas de mutuo obligatur, quam factam versionem ipse actor ostendere debet. Conferatur Bruneman. in *dict. l. 27. ff. eodem.* Pariter hac Actione tenetur Civitas eo casu, quo ipsa, Civibus videlicet convocatis, & consentientibus, mutuum suscepit. *DD. in dict. l. 27. ff. eodem.* Si autem tertiò plures sunt mutuatarij, quivis pro sua portione, non in solidum obligatur, *l. si non simplici Cod. si cert. petat.* Quartò contra Procuratorem, qui mutuum rogavit verbîs in suam personam conceptis, etsi designaverit illum, in cujus commodum recipiat, directa quoque nascitur Actio. Nec adversatur *l. 6. §. 1. ff. de negot. gest.* quoniam in casu illius Legis omnia jussu Domini seu Principalis fuerunt gesta.

5 Olim non dabatur hæc Actio contra Præsides Provinciarum *L. 33. ff. h. t.* quod tamen hodiernis moribus teste experientiâ cessat, & quidem ex antiqua Juris ratione, quòd hodie Magistratus sint perpetui. Videatur post Brunneman. Lautterbach. *ad tit. ff. de Reb. credit. thes. 15.*

6 Objectum hujus Actionis est res mutuo data in eodem genere restituenda, & quidem, si diversum nihil sit cautum, in eadem bonitate reddi debet. Plus autem, quàm datū est, restitui non debet. Dubium hic oritur, utrùm mutuū in eadem possit restitui specie? quod affirmo ratio est tum, quia consumptio etiam favorem accipientis, tum etiam & quidem præcipuè, quia non fit ex primæva contrahentium voluntate hæc restitutio, sed merè per accidens. Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 16. thes. 26.* ibique Petrus Myller. & plures *ibid.* relati. Alterum dubium est de eo casu, quô pecuniæ mutuò datæ contingit mutatio (est autem hæc vel intrinseca, vel extrinseca; prima est, quando mutatur materia & bonitas nummorum intrinseca) utrùm in solutione spectandum sit tempus contractûs vel solutionis? Intrinseca si contigerit mutatio, communi Doctorum calculo comprobata est sententia, contractûs tempus esse spectandum, aliàs enim sequeretur, quòd debitor vel plùs vel minus solveret, quam accepit; quam sententiam deducit, perque S. R. J. Recessus confirmat Petrus Myllerus *in not. ad Struv. Syntag. Jur. Civil. exercit. 16. thes. 30.* Zanger. *de except. part. 3. cap. 1.* Ernestus Cothmanus *consil. 36.* Si verò interveniat mutatio extrinseca, seu valoris publica auctoritate impositi, tunc interesse arbitror, an genus vel corpora sint in obligatione; si prius, tunc ea est restituenda quantitas, quæ fuit in mutuum data, nec consideratur decrementum vel incrementum, sed damnum vel lucrum est debitoris; si posterius, non attenditur valor auctus vel diminutus, sed solummodò corpora,

Stuck vor Stuck/ repetuntur; conferantur relati à Struvio *citat. exercitat. 16. thes. 34.* Cœterùm regulariter hæc condictio persequitur rem ipsam, non ejus æstimationem; si verò 1. res in natura à debitore præstari nequeat, aut 2. actor ob moram à debitore commissam præstatione rei contentus esse nolit, vel 3. debitor ex protervâ contumaciâ rem reddere renuat, æstimatio in hanc actionem venit; quam ob rem dubium est tertiò, cujus temporis vel loci æstimatio sit adjudicanda? Dubium hoc resolvitur per *l. 22. ff. de reb. credit.* aut enim designatum est, quò tempore vel loco reddendũ sit mutuum, & attenditur æstimatio temporis & loci in contractu expressi; post lapsum verò determinati temporis si moram committit debitor, tempus illud erit terminus, à quô æstimatio, quanti à lapsu temporis res unquam plurimi fuerit, quamdiu debitor in mora perseveraverit, præstanda venit; aut verò in contractu nihil est determinatum, cujus loci vel temporis æstimatio sit inspicienda, & tunc ratio æstimationis illius loci vel temporis erit habenda, quô, vel quando petitur; casu verò, quô Judicium per moram debitoris protelatur, tempus litis contestatæ erit terminus, à quô pretij ratio erit habenda, si illud augeri contingat. *DD. in dict. l. 22. ff. de reb. credit.* Usuræ in hanc actionem non veniunt, nisi quis de illis per stipulationem sibi prospexerit. *l. 3. Cod. de Usur. l. rogasti ff. de Reb. credit.* ea propter si viginti sunt dati ea lege, ut viginti & unus restituatur, haud integra debetur summa, *dict. l. rogasti §. 1. ff. eodem.* econtra, qui decem accipit, ut novem restituat, ultra novem non tenetur, *dict. §. 1.* ratio desumitur ex natura contractuum realium, in quibus ultra, quod datum est, exigi non potest. Jure tamen hodierno usuræ quincunces etiam pacto promitti, & ex illo peti possunt. *Recess. Imper. de anno 1654.* §. anreichend Zinsen Lautterbach. *ad tit. ff. de Reb. cred. thes. 40.*

Quantùm ad præscriptionem hujus Actionis attinet, certum est, eam esse perpetuam, seu 30. annorum; quoniam civilis, & rei persecutoria est, quæ Actiones perpetuam vitam obtinent *per text. in princ. Instit. de Perpet. & tempor. Action.* 7

ACTIO

Quæ dicitur Querela non numeratæ pecuniæ.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit querela* non numeratæ pecuniæ?
2. *Potest per modum exceptionis, & replicationis proponi,*
3. *Quin imò per modum actionis;*
4. *Quibus competat, & contra & quos?*
5. *Quid Juris in litteris Cambialibus?*
6. *Quamdiu hæc querela duret, &*
7. *Quibus casibus cesset?*

1 Condictioni certi ex mutuo affine remedium est, quæ secundam inter Actiones tertiæ partis Pandectarum occupat sedem querela non numeratæ pecuniæ, quæ juxta Lautterbach. *ad tit. ff. de Reb. credit. thes.* 54. describitur, quòd sit remedium Juris, quo quis pecuniam, quam spe futuræ numerationis accepisse confessus est, se non accepisse queritur. Fundatur illa expresśè *in l. 14. Cod. de non numerat. pecun.* congruenter appellatur remedium Juris.

2 Ea subinde per modum exceptionis proponitur, quando ille, qui pecuniam accepisse se confessus est, convenitur, & actionem adversùs se institutam repellit. *l. 3. Cod. de non numerat. pecun.* Subinde etiam per modum replicationis, quando nimirùm adversùs apocham creditoris opponitur, quod eo casu contingit, quô creditor adversùs debitorem ad debitam pecuniam consequendam Actionem instituit, & debitor de non reddita apocha excipiendo exactionem impedit, datâ exinde à creditore apocha, pecuniâ tamen non consequitur, poterit creditor per modum replicationis numerationem adurgere, vel apocham repetere *l. 14. §. 2. Cod. de non numerat. pecun.* & tametsi inibi exceptio appelletur, id tamen largô, & impropriô modô fit. Lautterbach. *dict. loco thes. 58.*

3 Tertiò denique proponitur per modum Actionis: ille enim, qui Chyrographum sub spe futuræ numerationis dedit, pecuniáque non est secuta, revocare potest. *l. 7. Cod. de non numerat. pecun.* quæ autem Actio alia esse non potest, quam condictio sine causa *l. 1. §. 1. ff. de Condict. sine causa.* Querela hæc autem juxta communem Sententiam tantummodo ex causa dotis, vel mutui conceditur *l. 5. & l. penult. Cod. de non numerat. pecun.* in cæteris verò contracti-

bus talis confessio præjudicat, & contra scribentem plenè probat. *l. transactionis 11. & l. generaliter 13. Cod. eodē l. 26. §. fin. ff. depositi. Nimis enim indignum*, Imperator Justinianus ait *in dict. l. generaliter Cod. de non numerat. pecun. esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonióque proprio resistere.* Ratio autem, cur in his tantummodo duabus causis, mutui, & dotis, hæc querela obtineat, est, cùm homines in his duobus contractibus magis propensi sint ad aliquid effrenatè confitendum, quàm in aliis, propter inclinatum affectum vel ad pecunias, vel ad sponsam.

4 Videtur equidem dans Chyrographum nec ante, nec post biennium obligari posse, ratio est, quoniam Lex obligationem, nullâ factâ numeratione, ob manifestam injustitiam inducere non potest. ℞. procedere hoc in regula commercij, non verò in regulâ judicij, in quâ ultimâ dans Chyrographum ob bonum publicum, & ut homines rebus & cautionibus suis accuratiùs invigilent, post biennium condemnari potest. Competit ergo eis, qui sub spe futuræ numerationis ex his causis pecunias accepisse confessi, eo nomine cautionem porrexerunt, eorúmque hæredibus. *l. 8. & l. 14. Cod. de non numerat. pecun.* Quinimò ex persona principalis mandatario, & Fidejussori conceditur *l. 13. Cod. eodem* & tametsi Carpz. *part. 1. const. 32. definit. 69.* defendat, hanc querelam inter mercatores locum non invenire, quoniam inter illos non apices Juris, sed sola bona fides, & æquitatis ratio spectanda sit; *argum. l. 29. §. 4. ff. Mandati.* Anton. Faber *in Cod. lib. 8. tit. 7. definit. 3. n. 2.* In veritate tamen theorica illa mihi displicet Sententia, quoniam hæc querela omnibus, qui sub spe futuræ numerationis cautionem extradidêre, conceditur, ergo etiam inter mercatores, utpote nullibi exceptos, nihil singulare observabitur, nec enim hæc querela subtilitate Juris tantùm, sed etiam æquitatis ratione fundatur, ne videlicet quis illud, quod ei nunquam datum, refundere cogatur, aut alter recipiat id, quod nunquam dederat. Bacchov. *ad Treutl. disput. 20. thes. 2. in fine* Fachinæus *lib. 2. cap. 86.* & qui allegantur à Brunnem. *in l. 9. Cod. de non numerat. pec. n. ult.*

Dubium movetur secundò de litteris Cambialibus, an nimirum eis exceptio, seu querela non numeratæ pecuniæ possit opponi? Quod plurimi ex eo negant, quoniam tales litteræ paratam habent executionem: solet enim adijci clausula, umb den Werth bin ich von ihme vergniegt. adeòq; confessionē cum ipsa renunciatione inducunt, quæ parem vim cum numeratione assequitur. Hoc tamen non obstante (abstrahendo à variorum locorum consuetudine) insistendóque simpliciter dispositioni Juris civilis existimo, litteris Cambialibus non minùs, quàm 5

con-

confeſſioni ex mutuo factæ hanc querelam obijci poſſe, cum Cambio ſemper inſit mutuum. Brunnem. *in l. 5. Cod. de non numer. pec. n. 2.* videatur Lauterbach. *in Tract. de Reb. credit. §. 3. theſ. 10.* Si igitur Sempronius, qui litteras Cambiales dedit, ínque eis confeſſus eſt, pecuniam à Mævio accepiſſe, propterea mandavit Cajo, ut eandem ſummam Mævio, ſeu ejus ceſſionario reſtituat, uterque & Sempronius ex ſua perſona propria, & Cajus ex perſona principalis, nempe Sempronij, hac querelâ gaudet, *argum. l. 14. Cod. de non numerat. pec.* tametſi enim acceptans, ſeu Cajus per conſtitutum ſe obligavit, haud tamen tale conſtitutum hanc querelam excludit: quemadmodum nec fidejuſſio, nec rerum oppignoratio, nec promiſſio jurata eam excludit. *l. 12. l. fin. Cod. eodem.*

6 Tempus autem, quod huic querelæ, ſeu exceptioni, quocunq; modo proponitur, definitũ, eſt Biennium *§. ult. Inſt. de Litt. oblig. l. 14. Cod. eod.* móxque incipit currere à tempore factæ confeſſionis. Sichard. *in rub. dict. tit. n. 10.* poſt elapſum autem hoc tempus, quamvis debitor in ſe probationem ſuſcipere ſit paratus, querelâ uti non poteſt *per dict. l. 14. §. 3. Cod. eodem*, licèt haud improbabiliter diſſentiat Schambog. *Inſt. de Litt. Oblig.* caſu autem, quo hoc remedium, ſeu querela competit creditori adversùs quietantiam à ſe datam, tantummodo durat per 3. Menſes *l. 14. §. 2. Cod. de non numerat. pecun.* quoniam in hoc minus periculi videtur, ergo nec eſt tam cautè agendum, *l. 1. §. 5. ff. de Carbon. edict.* plures rationes videantur apud Hartprech. *Inſt. de litt. oblig. n. 5.*

Ceſſat hæc exceptio 1. in debito publico, ſi opponeretur contra apocham fiſci, continentem ſolutionem tributi; *l. 14. §. 1. Cod. de non numerat. pecun.* ibique Brunneman. Lauterbach *ff. de reb. credit. §. 71.* ſi autem exactores non ampliùs exiſterent, poſſent conveniri debitores fiſci, cùm exactorum confeſſio fiſco non poſſit præjudicare. Brunneman. *dict. loc.* 2. ceſſat, ſi confeſſio acceptæ dotis in pactis dotalibus à marito eſt facta, & denuò ex intervallo in ſingulari Apochâ repetita. *l. 14. §. 1. Cod. de non numerat. pecun.* 3. non porrigitur adversùs confeſſionem continentem anteriorem cauſam debendi, e. g. ſi deberem centum ex causâ emptionis, & ex intervallo fieret novatio, debitumque mutaretur quaſi in mutuum. 4. ſi debitum quovis modô legitimô eſt agnitum, quemadmodum per præſtationem uſurarum, ſolutionem partis, aut pignoris ex poſt facto conſtitutionem. *l. 2. l. 4. Cod. eod.* 5. per ſubſecutam ex intervallo renuntiationem hæc exceptio exſpirat. *l. 4. Cod. dict. tit.* ibidémque Brunnem. Lauterbach. *ff. de reb. credit. §. 87.* vide tamen Hartprecht *Inſtit. de litterar. obligat. num. 49.*

ACTIO

ACTIO

Condictitia ex L. ſi me & Titium 32. ff. de rebus credit.

SUMMARIUM.

1. *Caſus hujus actionis exponitur, adjectâ ejus ratione.*
2. *Qualis ex caſu taliter efformato oriatur actio.*
3. *Definitur hæc actio.*
4. *Deducitur ejus ſubiectum.*

1 TErtia Actio eſt condictio ex *l. ſi me & Titium 32. ff. de reb. credit.* quam legem alij auream, aureíque ſcribendam litteris, alij ſpeculum aureum, multi Divinam appellant; vide citatos apud Brunneman. *d. l. n. 1.* Caſus hujus legis eſt ſequens: Me & Titium rogâſti mutuum, ego, cùm mihi præſens non eſſet pecunia, vel res in mutuum danda, meum debitorem juſſi tibi promittere, tu verò cum ipſo meo debitore ſtipulatus es, qui ſe daturum repromiſit; quoniam autem arbitrabaris non meum, ſed Titij eſſe debitorem, adeóque circa perſonam errâſti, quæſtio exardeſcit, an mihi obligeris ex mutuo, vel etiam pro diversâ contingentia ex alio? Dubitandi ratio eſt, quoniam nullum mecum negotium contraxiſti, nec mutuum, nec alium contractum conſummâſti, tametſi enim à meo debitore acceperis pecuniam, juxta tuam tamen intentionem non à meo, ſed Titij debitore accepiſti, per conſequens ex defectu conſenſus me inter & te nullus interceſſit contractus, qui ſolummodo inter conſentientes perficitur. *l. 1. ff. de pact.* Hac tamen ratione non refragante conſtat ex *cit. l.* te eſſe mihi ex mutuo obligatum, ex ratione, *quia pecunia mea ad te pervenit, & eam mihi à te reddi bonum & æquum eſt*, ut ait Celſus in *dict. l.* pervenit autem ad te 1. ex facto meo, 2. non donandi, ſed credendi causâ, & 3. quoniam per interpoſitam te inter & debitorem meum novationem, actionem contra meum debitorem amiſi, *l. 8. §. fin.* & *l. 20. ff. de novat.*

His igitur præmiſſis autumo, ICt. Celſum non ad generalem illam æquitatis regulam, injuſtum cum alterius jactura lucrum prohibentem, ſed potiùs ad occurrentes in hoc facto circumſtantias reſpexiſſe, ex quibus ſingularis damnificato eſt præſtituta actio. Sunt quidem non pauci, qui condictionem ſine cauſa admittunt, quos inter ſunt Bartol. Caſtrenſ. Salycet: & alij ad 2

cit. l. econtra non pauci dubitant, cùm ad condictionem sine causa exposcatur, ut negotium aliquod inter me & te sit confectum, quod ex defectu consensûs hoc locô defendi non potest. Hahn ad Wesenbec. *ff. de condict. sine caus.* Bocerus *class. 3. disput. 20.* Lautterbach *in disput. ad hanc l. part. 2. §. 2.* Alij condictionem certi generalem hoc locô tribunt, vid. post Jason. *in dict. L. 32.* Klock. *tom. 2. consil. 50.*

3 Ego cum Lautterbach in *cit. disput. part. 2. §. 5.* hanc actionem specialem esse ajo, describíque posse, quòd sit actio civilis, personalis, rei persecutoria, stricti Juris, perpetua, cujus causa remota est factum, in *cit. l. 32.* cum suis circumstantijs efformatum, proxima est obligatio, adeóque proprio quodam nascitur jure, ubi notanda est doctrina Bartoli in *cit. l. 32. ff. de reb. credit.* asserentis: *ego puto, quòd obligatio & actio sit nativa, licet enim hic non praecesserit contractus vel quasi, tamen praecessit factum, quod hic narratur, ex quo oritur obligatio, & ex obligatione actio.* Bartolum sequitur Salycetus & Castrens. *ff. eod.*

Hinc facilè patet, queîs hæc actio sit præstituta, illis videlicet, quorum res propriæ, vel eis debitæ ad alios sine causa citra eorum culpam pervenerunt, nec aliud habent remedium, & horum hæredibus; protenditur adversùs accipientem, & ejus hæredes, ad indemnitatem consequendam, cúmque civilis sit, perpetuam quoque vitam sortitur. vid. Lautterbach in *dict. disput. §. 5.* 4

ACTIO

In factum de Jurejurando.

SUMMARIUM.

1. *Quodnam sit hujus actionis fundamentum.*
2. *Definitur hac actio;*
3. *Ex quo juramentô enascatur.*
4. *Diluitur objectio.*
5. *An sit actio nova, à priori distincta.*
6. *Resolvitur objectio.*
7. *Respondetur ad aliud oppositum.*
8. *Exponitur textus in* l. 27. ff. de jurejur.
9. *Quibus detur hac actio,*
10. *Adversùs quem porrigatur.*
11. *Designatur ejus objectum & duratio.*

1 Quartum locum sibi vendicat actio in factum de jurejurando, de jurisjurandi verò definitione, divisione & effectu vid. *Rubric. Decretal. Cod. & ff.* Enascitur hæc actio ex solo juramentô litis decisoriô, quod est duplex, aut voluntarium, quod ab una parte, extra judicium, per modum conventionis defertur, & ab alterâ suscipitur. *l. 19. l. 26. §. fin. l. 28. §. ult. ff. hic.* aut verò est necessarium seu judiciale, quod in judicio, approbante Magistratu, seu Judicis auctoritate defertur.

2 Illi igitur, qui deferente parte adversâ juravit, nascitur hæc actio in factum, definitúrq; à Casparo Manz. in §. *11. Instit. de Action.* quòd sit actio Prætoria, personalis, rei persecutoria, competens illi, qui legitimè juravit, sibi aliquid deberi, vel rem controversam suam, suive juris esse, contra deferentem, ad hoc, ut debitum solvat, vel rem petitam cum fructibus & accessionibus restituat.

3 Dubium exardescit primò, ex quo juramento descèndat hæc actio, judiciali, vel voluntario? ex utroque eam oriri defendit post alios Harpprecht. *in* §. *11. Instit. de Action.* Anton. Perez. *ad Cod. de reb. cred. & jurejur. n. 29.* ratio eorum est, siquidem actor videtur fuisse Judex, quem reus deferendô juramentum constituit, & licet sententia sit à Judice pronuntiata, solùm tamen ex placito, & voluntate partis id contigit, eámque ob rem videtur esse actio quasi utilis rei judicatæ. Mihi cum Struvio *syntagm. jur. Civil. exercit. 17. thes. 49.* Lautterbach. *ff. hoc tit.* §. *57.* Wisenbach. *ff. eod. num. 42.* ex solo juramento voluntario hæc actio descendere videtur, ex ratione, cùm juramentum Judiciale post litis contestationem, adeóque post judicium jam cœptum deferri soleat, hinc judicium per sententiam vel absolutoriam, vel condemnatoriam terminari debeat, adeóque potiùs actio rei judicatæ detur, *l. 31. ff. hic. l. 3. Cod. eod.* talibus enim casibus judex, re per præstitum juramentum satis probatâ, sententiam ferre debet, *l. 34.* §. *ult. ff. hic.* ex ulteriori ratione, quoniam, si actio Civilis prostat, nulla necessitas est recurrendi ad Prætoriam.

Nec obstat §. *11. Instit. de action.* 4
ibi enim agitur de juramento, quod erat in jure coram Prætore, non autem in judicio delatum. Nec refragatur, quòd ex pacto nudo non oriatur actio, juramentum autem voluntarium non nisi vim pacti sortiatur, quia, sicut juramentum ad instar rei judicatæ est, *l. 2. ff. hic*, ita se habet quoque ad instar transactionis & novationis, *l. qui jurâsse 26.* §. *ult.* & *l. 27. ff. hic.* proinde ad terminationem litium præstitutum, & à Prætore in ordine ad producendam actionem, quemadmodum reliqua pacta legitima, confirmatum. *l. in duobus 28.* §. *final. ff. hic.*

Al-

5 Alterum dubium eſt, utrùm hæc actio in factum ſit nova, & à priori diſtincta actio? videtur namque eſſe ſola aliqua adjecta qualitas, velut defendit Struvius *ſyntagm. jur. civil. exercit. 17. theſ. 50.* ibique Petrus Myller. & pluribus proſequitur Hunnius *in Treutlerum vol. 1. diſput. ead. quæſt. 32.* ubi ad longum deducit doctrinam eorum, qui concertant, quòd per hanc actionem in factum ſublata ſit actio prior. Ego cum Wiſenbach *ff. de jurejur. n. 40.* Lautterbach *ff. eod. §. 56.* & Bacchov. *in tract. de action. diſput. 8. theſ. 4. infr. med.* arbitror, hanc actionem in factum eſſe novam à priori diſtinctam actionem, probatur hoc ex *l. 9. §. 1. ff. hic.* in verb. *actionem acquirit*: & *l. 28. §. ult. ff. eod.* verb. *item cum ex hac parte jusjurandum & actionem & exceptionem inducat. l. 30. ff. eod.*

6 Nec adverſatur, quòd Actor ex veteri cauſâ ſibi deberi aſſerat; hanc enim cauſam ab initio & ratione objecti obtendit, dehinc verò & poſt præſtitum juramentum nihil ampliùs quæritur, quàm an ſit juratum. *l. 5. §. 2.* & *l. 9. §. 1. ff. hic.* Nec valet hoc argumentum: antiqua actio poſt juramentum, per ſuperiùs aſſerta, eſt demonſtranda, ergo hæc actio non eſt nova; ratio eſt, cùm hæc poſterior ſit longè diverſa, & utilior, quia nullam ſibi depoſcit probationem in re principali, ſed ſolùm, quòd juratum ſit, manétque ſemper perſonalis, etſi ab initio de reali actione controverſia fuerit. *l. 11. §. 1. ff. hic.* ut prolixè deducit Vinnius *in §. ſi quis poſtulante, Inſtit de Action. n. 2.* Neque hæc nova à Prætore introducta actio priorem tollit, ſed utramque actori in arbitrium præſtituit. *argt. l. 30. ff. hic.* Lautterbach. *dict. loc.* Bacchov. *in tract. de action. diſput. 8. theſ. 4.*

Minus negotij faceſſit, quòd juramentum videatur habere vim novationis & delegationis, *l. qui juráſſe §. 2. ff. hic.* novatio verò tollat priorem actionem ipſo jure, ergo & in hoc caſu præcedens actio ſubmota eſſe intelligatur; liquet enim ex ipſo textu, juramentum non ſortiri plenam novationis vim, dum ICtus Paulus *cit. §. 2.* aſſerit: *Jurisjurandi condictio ex numero eſſe poteſt videri novandi delegandíve, quia proficiſcitur ex conventione, quamvis habeat & inſtar judicij*; reſpectu igitur obligationis naturalis poterit aſſequi novationis effectus, reſpectu autem obligationis civilis obtinet ſolummodò effectum judicati, quod obligationem Civilem non tollit, *§. 5. Inſtit. de except.* ergo nec jusjurandum. *§. aquè Inſtit. eod. l. 95. §. 4. ff. de ſolut.* videatur Vinnius, Manzius, & Schambogen in *cit. §. aquè 4. inſtit. de except.* 7

Nec poſtremò reſiſtit text. in *l.* 8

27. *ff. de jurejur.* in quo asseritur, jusjurandum obtinere effectum solutionis, solutio verò tollit ipso jure obligationem & actionem. Resp. juramentum à reo convento præstitum, si creditor debitori detulit, habere quidem vim solutionis, falsissimum tamen id esse de jurejurando, ab actore præstito. Videatur Hunnius *in Treutler. vol. 1. disput. 21. quæst. 31.*

9 His succinctè decisis, in subjectum activum est inquirendum; datur ergò hæc actio ei, qui in quæstione dominij, deferente reo seu possessore, juravit, rem esse suam, *l. 9. §. fin. & LL seqq. ff. h. t.* pariter si ad delationem actoris juravit possessor, rem, quam possidet, esse suam, si exinde possessio illius rei, de quâ quæstio erat mota, ad actorem est devoluta, aget hac actione reus adversùs actorem. *l. 11. §. 1. ff. eod.* 2. competit hæc actio ei, qui ad delationem rei juravit, aliquid sibi deberi, *l. 13. §. si quis ff. h. t.* nec distinguitur inter sexum, vel ætatis gradum, quoad commodum jurantis. *l. 26. ff. eod.* 3. datur patri aut Domino ex juramento, à filio aut servo in re peculiari præstito. *l. si servus 23. ff. hic.* 4. non solùm autem juranti, sed & ei conceditur, qui ad delationem paratus fuit jurare, sed à deferente jusjurandum subin fuit remissum. *l. nam posteaquam 9. §. 1. ff. hoc tit.* 5. indulgetur hæc actio Domino ex juramento Procuratoris, *cit. l. 9. §. jusjurandum 5. ff. eod.* ultimò conceditur jurantis per se, vel alios hæredibus. *sæpè cit. l. 9. ff. de jurejur.*

Subjectum verò passivum constituunt personæ, adversùs quas hæc actio conceditur; datur autem 1. adversùs juramenti delatorem; 2. contra ejus successorem, sive dein ille universalis sit, ut hæres & bonorum possessor, sive particularis, qui causam à deferente habet. *l. 9. §. final. ibique* Castrens. & Jason. Schneidevvin *in §. 11. Instit. de Action.* non verò contra tertium possessorem protenditur, qui à deferente causam non habet, quemadmodum specialiùs deducit, & probat Schneidevvin *cit. loc.* porrigitur quoque contra patrem & Dominum, cujus filiusfamilias vel servus jusjurandum detulit. *l. 22. ff. de iurejur.* 10

Objectum hujus actionis est omne id, quod in priori actione venit, nisi inficiandô prior actio crescat in duplum, tunc enim hæc actio solum complectitur simplum; *l. 30. ff. hic.* in specie autem, si juratum est in actione reali, datur ad rem cum fructibus post juramentum perceptis restituendam: *l. sed si possessor 11. §. 1. ff. h. tit.* si autem est juratum in actione personali, tunc ad id datur, quod ex prioris contractûs naturâ præstandum est, datur ergo vel ad dandum, tradendum, restituendum, aut denique ad facien-

ciendum. *l. si duo §. si quis juraverit. ff. eod.* vide Schneidevvin in §. *11. Instit. de action.* Lauterbach. *ff. hoc tit.* Colleg. Argentorat. *ff. hic thes. 30.* perpetua est hæc actio, cùm sit rei persecutoria. vid. Oldendorp. *class. 1. act. 9. num. 8.* Si autem casu contrario reus ad delationem actoris juravit, datur ei exceptio, *l. 28. §. fin. ff. hic*, & successoribus illius quoque singularibus, *l. 7. & 8. ff. h. tit.* perpetuò competens adversùs deferentem & ejus hæredes, *l. 28. §. 4. ff. hic.* induensque naturam exceptionis realis, seu causam concernentis, hinc liberantur fidejussores, ac dissolvitur pignorum nexus. *l. 28. §. 1. & l. 40. ff. hoc tit.* videatur Lauterbach *ff. de Jurejurand. §. final.*

ACTIO

Seu Condictio causâ dati, causâ non secutâ.

SUMMARIUM.

1. *Quæ sit causa hujus actionis.*
2. *Definitur hæc actio.*
3. *Quæ sint ejus requisita.*
4. *An locum habeat in contractibus nominatis.*
5. *Designatur subjectum activum.*
6. *Quid si ex post facto res est facta impossibilis.*
7. *Varia subnotantur illationes.*
8. *Describitur subjectum passivum.*
9. *Deducitur ejus objectum.*
10. *Solvitur oppositio.*

QUinta Actio est condictio causâ dati causâ non secutâ, ori-
1 túrque ex quasi contractu, adinstar condictionis indebiti, ex tacita nempè conventione, cui præter id, quod expresſè agitur, tacitè quid inest; quemadmodum enim in condictione indebiti, præter id, quod expresſè tractatur, tacitè id agitur, ut, si appareat indebitum, condici queat, ita in hac condictione præter conventionem de dando vel faciendo, tacitè agitur, ut, si vicissim non detur, vel fiat, liceat repetere, quod est datum.

Definiri potest, quòd sit actio Ci- 2
vilis, personalis, rei persecutoria, stricti juris, perpetua, quâ id, quod ob rem vel causam futuram honestam in alium est translatum, causâ illâ non secutâ repetitur; dividitur in condictionem certi, quâ certum, & incerti, quâ incertum, e. g. cautio aut liberatio petitur. *l. 74. & 75. §. 1. ff. de V. O.* causa remota, uti assertum, quasi contractus, proxima est obligatio. Bacchov. *ad Treutler. vol. 1. disput. 22. thes. 1. litt. H.* & *in tract. de action. disput. 4. thes.* 19.

19. Lauterbach. *ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* §. 5.

3 Ad hoc autem, ut hæc condictio competat, sequentia exposcuntur, 1. ut aliquid sit datum, quod variè accipitur, aut pro eo, quod est verè & naturaliter in alium translatum, *l. 1. §. 1. ff. eod.* vel pro eo, quod civiliter, & juris solùm intellectu ad alium pervenit, videlicet per promissionem, *l. 3. §. 4. l. 9. §. 1. ff. hic, l. 4. Cod. eod.* aut pro eo, quò quis per acceptilationem aut compensationem est liberatus. *l. 4. l. 10. ff. hic. l. 2. §. 3. eod.* 2. requiritur, ut sit translatum ob causam futuram, eandémque finalem, *l. 52. ff. de condict. indeb.* atque eo fine, ut aliquid vicissim detur, *l. final. ff. hic.* quam ob rem venditor rem venditam emptorique traditam hac actione repetere nequit, tametsi emptor pretium non solvat, cùm non sit data ob causam futuram, sed ob præteritam emptionem. *l. 8. Cod. de contrah. empt.* 3. exigitur, ut aliquid sit datum ob causam honestam. *l. 1. §. 1. ff. de condict. ob turp. caus.* 4. requiritur, ut res, ob quam aliquid est datum, non sit secuta. *l. 3. §. 2. ff. hoc tit.*

4 Dubium est, an hæc condictio locum possit occupare in contractibus quoque nominatis? Negantium assertio est solidior, *l. 1. §. ult. ff. de rer. permut. l. 14. Cod. de rescind. vendit.* ratio est, quia in contractibus nominatis non agitur ad distractum, sed potiùs ad complementum contractûs; *l. 6. Cod. de action. empt.* Bronchorst. *centur. 2. assert. 34.* Tuldenus *in Cod. de condict. ob caus. dat. n. 8.* Wisenbach. *ff. hic n. 3.* nec adversatur *l. cùm te Cod. de pact.* ejus enim tenor complectitur contractum innominatú, quemadmodum prolixiùs exponit dict. Bronchorst *dict. loc.*

Porrò subjectum activum constituunt personæ, quæ aliquid dederunt ob rem vel causam futuram, eandémque honestam; causa verò, propter quam hæc condictio enascitur, est duplex, aut enim ob cessationem accipientis, aut ob pœnitentiam dantis oritur; circa priorem est perspiciendum, an nolit alter causam adimplere, an verò non possit, si nolit, indubitati juris est, hanc dari condictionem, *l. 9. Cod. hic.* quare si fratri meo quid dem, ut mea negotia Viennæ conficiat, ille verò alijs rebus intentus eadem inibi negligat, repetere possum, quod dedi. Si verò causa mox ab initio fuerit impossibilis, idque dans scivit, cujus exemplum prostat in eo, qui centum dedit, ut Stychus jam mortuus, quem mortuum esse non ignoravit, manumittatur, condictio haud dubiè cessat, jura quippe præsumunt hos 100. esse donatos, cujus enim per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est. *l. 53. ff. de R. J.* si verò in casu diverso dans impossibilitatem ignoravit, repetitioni locus est. *l. 3. §. 5. ff. h. tit. l. 1. Cod. eod.* hinc si liber, qui bona fide serviebat, centum dedit, ut manumissionem sortiretur, compertâ inge- 5

nu-

nuitate repetere datum potest, quoniam casus impossibilis ei ignotus erat; pariformiter si sponsa in dotem mille det illi, cum quo matrimonium ob subjacens impedimentum dirimens est nullum ac impossibile, repetere datum potest. *l. 1. Cod. de condict. ob caus. dat.*

6 Alia autem hîc exardescit quæstio, utrùm eo casu locum obtineat hæc condictio, quô non sub exordio negotij, sed ex intervallo causa ad impossibilitatem prolapsa est? si ex culpâ ipsius accipientis causa facta est impossibilis, e. g. si servum manumittere culpabiliter eousque distulit, donec ante manumissionem peremptus sit, locus est condictioni huic, quoniam mora & culpa suo Auctori obesse debet. *l. 3. §. 3. l. 5. §. ult. ff. hic.* Si verò causa casu fortuito est facta impossibilis, ardui dissidij est controversia, an repetitio sit concedenda? si singulares & à regulis Juris exorbitantes interveniunt circumstantiæ, potest in tali particulari casu repetitio indulgeri, e. g. dedi tibi mille, ut omnes captivos è tua dimitteres potestate, periêre autem ante dimissionem omnes, eodem modô occubituri, si pecunia non intervenisset, cùm fortè in horrendo terræ motu hiatus urbem absumpserit, in tali similive casu æquitas postulat, ut datum refundatur, cùm accipiens eô modô damnum tulisset, etsi contractus non intervenisset. *l. 5. §. ult. & l. fin. ff. hic.* videatur Gletle *quæstion. Jur. ex 3. part. Pandect. cap. 5. n. 6.* quòd si ratio singularis æquitatis id non suadeat, cessat repetitio, per *l. penult. Cod. de condict. ob caus. dat.* ubi apertè inter culpam, & casum fatalem distinguitur, itémque per *l. 5. §. 1. ff. de præscript. vtrb.* ubi ICtus Paulus rotundè respondet, *si Scyphos dederim, ut Stychum dares, periculum ad me pertinere, si culpâ careas.* Nec obstat text. in *l. 16. ff. hic.* loquitur enim de eo casu, quô res ante traditionem perijt; minùs adversatur textus in *l. 15. §. 6. ff. locati.* vel enim quis in casu *cit. l.* in ordine ad merces transvehendas respexit vecturam in genere, vel determinatas naves, si prius, & tempus aliquam navem merserit, præstitum potest revocari, secùs si posterius; in casu ergo *dict. l.* non vectura in genere fuit conducta, adeóque si una, alteráve perijt navis, locator jacturam sustinebit. consulatur Duarenus ad *tit. Cod. de condict. ob. caus. dat. cap. 3.* Donellus *comment. jur. lib. 14. cap. 21.* Bacchov. *in Treutler. vol. 1. disput. 22. thes. 2. litt. A.* Indulta igitur hæc actio, sicut superiùs dictum, in genere est illis, qui aliquid præstiterunt ob causam futuram, quæ non est secuta, horúmque hæredibus, si agitur ex causâ non secutâ, *l. 2. l. 3. Cod. hoc tit.* si autem ex capite pœnitentiæ hæc condictio moveatur, hæredibus denegatur, est enim pœnitentia aliquid personale, & ad hæredes non transmissibile: *l. 8. §. 3. ff. de liberat. legat. l. 3. ff. de serv. export.* hæredes igitur ex propria pœ-

pœnitentia repetere nequeunt, ſed in eadem voluntate, in quâ defunctus perſeveravit, quieſcere debent. *l. 32. §. 2. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Carpzov. *part. 3. deciſ. 298.* David Mævius *part. 3. deciſ. 115.* nervosè Struvius *Syntagm. jur. civil. exercit. 18. theſ. 16.*

7 In ſpecie verò datur hæc condictio donatori mortis causâ, ſi mors ſecuta non eſt, ad fructus medio tempore perceptos, *l. 12. ff. hic*, ibiſque Brunneman. 2. conceditur filio emancipato, à patre in teſtamento præterito, qui agniturus bonorum poſſeſſionem contra tabulas fratri ſuo contulerat, ſi bonorum poſſeſſionem contra tabulas non agnoſcat. *l. 13. & ibi* Gloſſ. *ff. hic* Petrus Myller. *in not. ad Struvium dict. loc.* 3. ei, qui pro muliere dotem dedit, nec matrimonium eſt ſecutum, non verò ipſi mulieri, item & illi, qui mulieri ſe aliquid debere arbitratus, ejus ſponſo dotis locò quid præſtitit, nuptiæ autem non ſecutæ ſunt, *l. 7. ff. eodem.* in quo textu plures ſimiles continentur caſus.

8 Subjectum paſſivum ſunt perſonæ, contra quas hæc condictio porrigitur, datur autem adversùs illum, qui accepit aliquid, & nondum præſtitit, quod promiſit, ejúsque hæredes. *l. 8. Cod. hic* in ſpecie adversùs falſum Procuratorem, cui ex errore facti facta eſt ſolutio, *l. 14. ff hic.* Oldendorp. *claſſ. 6. act. 5.* Struvius *dict. exerc. 18. theſ. 17.* contra ſingularem poſſeſſorem non protenditur. *l. 4. Cod. de rer. permut.*

Objectum hujus condictionis efformant res ob cauſam futuram & honeſtam datæ, ſive ſint mobiles, ſive immobiles, etiam incorporales, ut cautiones, chyrographi, *l. 4. Cod. hic*, liberationes remiſſæ, quæ ſi puræ fuerint, mox ipſa res debita poteſt condici; *l. 10. ff. hic*, ibique prolixiùs Brunnemann. & Caſtrenſ. Non ſolùm autem quod datum eſt, aut quod pro dato habetur, hæc condictio perſequitur, *l. 1. 2. 5. & 8. Cod. hic*, ſed & fructus, etiam illos, qui ante litem conteſtatam percepti ſunt; *l. 38. §. 1. ff. de uſur.* ratio eſt, quoniam res actoris propria eâ intentione eſt translata, ut, ſi res promiſſa non ſequatur, cum omni causâ reſtituatur. Duaren. *ff. hic cap. fin.* Lauterbach *ff. eod. §. 12.* Petrus Myller. *in Struv. Syntagm. jur. Civil. exercit. 18. theſ. 17.* 9

Dices: ſi debentur fructus, quando repetitur id, quod ſemel fuit meum, juxta *cit. l. 38. §. 1. ff. de uſur.* tunc potero petere etiam uſuras, ſed hæ in hanc actionem non veniunt. Reſpondeo, nullam eſſe fructuum & uſurarum comparationem, niſi in contractibus & negotijs bonæ fidei, ex ſolida diſparitatis ratione, quòd fructus naſcantur ex corpore rei, per conſequens certum ſit, eos Dominum habiturum, ſecùs autem ſit in uſuris, quæ extra corpus, & ejus ſolummodò occaſione proveniunt, adeóque licet etiam pecunia mox fuiſ- 10

fuisset restituta, non tamen usuras à creditore habuisset. Hunnius in Treulerum *vol. 1. disput. 22. quæst. 27. litt. E.* nec semper petitur res ipsa, quæ est translata, si enim species est data, ea petitur, *l. 1. ff. de rer. permutat.* si autem quantitas, sæpè tantundem petitur; Myller. *dict. loc.* si verò res, quæ restitui debebat, est perempta, æstimatio erit præstanda. *l. cùm servus ff. hic.* quoad durationem hæc actio est perpetua, cùm auctoritate Juris Civilis sit introducta.

ACTIO

Seu Condictio ob turpem, vel injustam causam.

SUMMARIUM.

1. *Duplex membrum complectitur hæc Rubrica.*
2. *Describitur actio ob turpem causam.*
3. *Ejus requisita recensentur.*
4. *Pro denotando subjecto formamatur Regula 1. 2. & 3.*
5. *Subjicitur quarta & 5. Regula.*
6. *Sequitur sexta Regula.*
7. *Exponitur* l. 7. §. 1. ff. quod metûs caus.
8. *Quibus detur;*
9. *Quando detur condictio ob injustam causam.*

1 SExta actio est condictio ob turpem vel injustam causam, quæ tametsi à priori in hoc secernatur, quòd illa ob honestam, hæc verò ob turpem causam sit concessa, utraque tamen data est ob causam futuram, & finalem. Colleg. Argentorat. *ff. hic. thes. 2.* Petrus Myllerus *in not. ad Struv. dict. exercit. 18. thes. 19.* Duas hæc Rubrica complectitur partes, primam ob turpem, secundam ob injustam causam; turpis autem causa ea dicitur, quæ honestati adversatur, *l. conditiones ff. de condit. instit.* injusta verò, per quam equidem merò jure Civili res peti potest, submovetur tamen exceptione Actor, quemadmodum ex inferiùs dicendis apparebit; hinc duæ hæ condictiones ratione effectûs non distant, *l. 7. ff. hic. l. 4. Cod. eod.* differunt tamen formalitate, causa enim injusta denotat principium movens, & causam impulsivam, *l. 6. ff. hoc. tit.* causa verò turpis finalem, & futuram. *l. 2. ff. hic.* Franzk. *ff. hic. n. 15.* Eckolt *ad ff. eod.* priùs itaque agendum est de condictione ob turpem causam.

2 Describi hæc potest, quòd sit actio Civilis, personalis, rei persecutoria, stricti juris, quà repetitur id, quod solutum est ob causam futuram, ratione solius accipientis inhonestam; causa ejus remota est quasi delictum, Sruvius *syntagm. jur. civil. exercit. 18. thes. 20.* à cujus opinione recedit Lautterbach *ff. hic.* §. *2.* & plures alij, qui allegantur à Petro Myllero *in not. ad Struv. dict. thes. 20.* assignantes pro causâ remota quasi contractum, quorum tamen menti applaudere non lubet, ex ratione, quoniam turpis acceptio est contra definitionem quasi contractûs, uti videre est apud Arnold. Vinnium *in princ. Inst. de obligat. quæ ex quas. contract. nascunt.* quasi ergo delinquit, qui turpiter accipit. Struvius *cit. loc.* causa proxima est obligatio, ad instar reliquarum actionum personalium.

3 Ad hoc autem, ut quis hanc condictionem movere, adeóque in subjectum ejus activum subintrare queat, deposcitur 1. ut aliquid sit translatum, ubi translatio latissimè etiam accipitur, quemadmodum in priori condictione est assertum, ita ut etiam civilis ac ficta intelligatur traditio, *l. 115. ff. de R. I. l. 10. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* hinc si quis rem quandam ob turpem causam promisit, juris intellectu pro tradita habetur. *l. 1. ff. hic. l. 1. Cod. eod. l. 4. Cod. de condict. ob caus. dat.* 2. exigitur, ut aliquid ob causam inhonestam sit datum, *dict. l. 1. ff. eod.* talis autem est, quæ bonis moribus vel naturaliter adversatur, ob intrinsecam turpitudinem, à qua ipsa ratio naturalis abhorret, vel moraliter & extrinsecè, adeóque à jure civili, & ratione politica pro turpi causa habetur, *l. 61. ff. de V. O.* in terminis Lautterbach *ff. hic* §. *4.* & nervosiùs Myllerus *in not. ad Struvium dict. loc.* qui per exempla utramque turpitudinem depingit. 3. exigitur, ut turpitudo ex parte accipientis tantummodò stet. *l. 1. §. 2. l. 4. §. 2. ff. hic. l. 6. & l. 4. Cod. eod.* hinc subjectum hujus actionis activum probiori methodo per casus & regulas dilucidatur.

Prima igitur Regula esto: si turpitudo versetur ex parte accipientis solùm, tunc danti hæc condictio datur; versatur verò levitas & turpitudo ex parte accipientis solùm, si dedi, vel promisi Titio v. g. centum, ne committat delictum, *l. 2. ff. hic.* ratio est, cùm amore virtutis obstringatur à delictis abstinere; hinc si puella vestitui indulgeat, cujus pretiosam pompam non ferunt facultates, adeóque ut propositum cœptum prosequi queat, amatores sibi conciliet, qui ei jocalia subministrent, per quæ ansa vitæ inhonestæ substernatur, frater verò ejus pertimescens, ne suæ familiæ dedecoris labes inuratur, suppeditet mille sorori, ut hoc vitæ genus declinet, 4

net, & à juvenum consortio abstineat, cui & soror obtemperavit, hoc tamen non obstante frater per hanc condictionem mille repetere potest. Secunda regula est: si quis dedit, ut res furtiva, vel deposita restituatur Domino, turpiter quoque accipiens facit, ad cujus restitutionem ex jure & officio humanæ charitatis tenentur accipientes; *l. 3. l. 6. l. 7. Cod. hic.* unde oritur quæstio, utrùm per hanc actionem illud repeti possit, quod est datum inventori rei nostræ pro eâ recuperanda? ego cum Tuldeno *in Cod. hic. n. 2.* distinguendũ esse autumo, aut enim coactus quis est dare, cùm alter reddere recuset, & repeti potest; aut spontè aliquid remunerandi animô est datum, & tunc cessat hæc condictio, quoniam turpiter non accipit. Tertia regula est: quando aliquid est datum, ut mihi ea solvantur, quæ ex testamento mihi relicta sunt, condictio adversùs recusantem ad repetendum, quod dedi, conceditur, nec enim datur actio personalis ex testamento, cùm sit stricti juris, & ad non expressa non protendatur; siquidem denegando ergo turpiter agit, hac condictione pulsari potest. *Castrens. in l. ult. ff. hic.* & Magnific. de Bassis *in suis prælect. Cod. hic.*

5 Quarta Regula est: quando aliquid datum fuit, ne quid in præjudicium tertij fieret, ex. gr. si servus fugitivus tibi aliquid præstitit, ne eum proderes, aut à fure quid accepisti, ne ipsum indicares, hæc condictio locum habet, tametsi enim nemo teneatur similes homines prodere, *l. 4. §. ult. ff. hic. l. 15. ff. præscript. verb.* accipere tamen pecunias in ordine ad abstinendum à tali opere, planè turpe est, *l. 4. §. 4. ff. hic.* ac proinde, quod datum est, ideò repeti potest, cùm turpitudo ex parte accipientis solùm versetur. Quinta Regula est: si turpitudo sit ex parte dantis solùm, repetitio cessat, hæc enim condictio non conceditur propriam alleganti turpitudinem. *l. 5. Cod. hic.* ibique Brunnneman. Eckolt *ff. eod.* §. *1.* Wisenbach. *ff. hic. n. 2.* hinc ait Ulpianus in *l. 4. §. 3. ff. hoc tit. sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo & Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quòd utriusque turpitudo versetur, sed solius dantis, illam enim turpiter facere, quòd sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.* sunt quidem non pauci, qui hanc rationem rejiciunt, virtutis probitati contrariam, Brunnemann. *ad cit. l. 4. §. 3. ff. hic.* Wisenbach. *disput. ad Pandect. 25. thes. 8.* Hahn. ad Wesenbec. *ff. hoc tit. n. 2.* & tametsi tempore Ulpiani illa, quæ semel venalem elegerat vitam, ex moribus illius sæculi non censebatur turpem facere quæstum, jure tamen naturali, & secundùm probitatem Christianam uterque turpiter agit; cùm autem exhibere al-

alteri usum corporis per se videatur esse pretio æstimabile, ideò accipiendo aliquid pro concesso hoc usu meretrix non videtur injustè agere, nec enim datur hoc in stipendium peccati, sed tanquam merces exhibiti obsequij, & compensatio periculi concipiendi, cui se exponit, nec directè ex improbitate sua reportat lucrum, sed solùm indirectè, ad instar illius, qui cum pecunijs furtô sublatis negotiatus, inspecto jure naturæ lucrum retinere potest.

6 Sexta Regula esto: si utriusque versetur improbitas & turpitudo, tunc melior est conditio possidentis, & hac condictione res data repeti nequit. *l. 3. l. 4. & 8. ff. hic. l. 1. & 5. Cod. eod.* cujus commune est exemplum, si quis Judici dedit, ut pro se judicaret, sive in reproba, sive probata causa. *l. 2. l. 3. ff. hoc tit. Authent. novo Jure Cod. de pœn. Iudic. mal. judicant.* ubi notanda est doctrina Bacchovij in Wesenbec. *ff. hic n. 3.* asserentis: *qui dat Iudici, ut in bonâ causâ secundùm se judicet, si rem consideramus in thesi & speculativè, & præsupponimus verè bonam causam, & syncerum dantis animum, nulla hujus est turpitudo, sed practicè & in hypothesi potest simul concurrere intentio corrumpendi Iudicem.* Hilliger in Donell. *lib. 14. cap. 25. litt. C.* Brunnem. *in l. 1. ff. hic.* Idipsum est asserendum de eo casu, quô quis dat Judici, ut maturiùs causam expediat, cùm leges semper præsumant animum corrumpendi, hócque semel admissô, dantes munera semper pro maturatione judicati & sententiæ se præstare, prætendere possent. Lautterbach. *in conclus. forens. exercit. 24. conclus. 4.* Attestatur tamen idem Lautterbach *ff. hic §. 9.* à multis *ibid.* relatis defendi, tale turpiter acceptum, ne accipiens ex suâ turpitudine irrevocabile lucrum sortiatur, à fisco extorqueri. *argt. l. 32. §. fin. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. 9. in fin. ff. de jur. fisc.*

Solet hoc locô opponi *l. 7. §. 1. ff. quod met. caus.* ubi, si quis in adulterio, flagitio, aut furto deprehensus quid dedit, ne prodatur, repetere potest, etsi utriusque concurrat turpitudo, ergo idem dicendum erit in condictione ob turpem causam. Resp. in actione quod metûs causâ solùm ponderatur metus, & in ejus odiũ repetitio à Prætore impertitur, in hac verò condictione turpitudo consideratur, quæ utrinq; versari potest, secùs ac metus, qui solùm à parte passi versatur. Colleg. Argẽt. *ff. hic thes. 4.* Illud ulteriùs est notandum, quòd quando ex turpi causa promittitur, atque hæc in stipulatione exprimitur, stipulatio ipsô jure corruat. *l. 26. l. 2. & 123. ff. de V. O.* si è diverso causa expressa non est, tunc si de turpitudine constet, actio denegatur. *l. 5. Cod. de condict. ob turp. caus.* quemadmodum enim solutum 7

ex

ex turpi causâ non potest repeti, ita quoque promissum exigi nequit, cùm semper melior sit conditio possidentis. Brunnem. *in dict. l. 5.* si postremò de causâ dubitatur, exceptionem doli admittit Struvius *Syntagm. jur civil. exercit. 18. thes. 24.* & cum alijs à se allegatis Lauterbach *ff. hic §. 10. in fin.*

8 Ex quibus præmissis liquet, quêis hæc condictio detur, illis nimirum, qui aliquid præstiterunt, vel promiserunt, aut quôvis modô acceptum tulerunt, ob causam ratione solius accipientis turpem, atque horum hæredibus, Oldendorp. *class. 6. act. 7.* & Colleg. Argentorat. *ff. hic thes. 4.* contra accipientes, eorundémque hæredes. vid. Struvius *dict. exercit. 18. thes. 21.* ibique Petr. Myller. *in not.* Lauterbach. *ff. hic §. 12.* persequitur rem datam, si verò perijt, ejus æstimatio debetur, *argt. l. ult. Cod. hic. l. 8. ff. de condict. furtiv.* datur etiam ad fructus & accessiones naturales. *l. 1. Cod. de indebit. l. 4. Cod. hic.* ibique Brunnem. Struvius *dict. loc. thes. 27.* Lauterbach. *eod. §. 13.* quemadmodum autem aliæ condictiones, ita & hæc perpetua est.

Condictio verò, quæ ob injustam causam datur, ejusdem est cum priori naturæ, nisi quòd ratione solius objecti distet, repetitur enim eâ, quod ob injustam vel nullam causam datum est, promiscuúsque harum condictionum est usus, Cujac. *in Cod. ad hunc tit.* repetitur igitur hac actione, quod ex coacta stipulatione est solutum, *l. 7. ff. hic.* & fructus à malæ fidei possessore consumpti. *l. 3. Cod. hic.* Cujac. *eod.* Petr. Myller. ad Struvium *exercit. 18. thes. 28.* & Lauterbach *ff. hic §. ult.* 9

ACTIO

Seu Condictio indebiti.

SUMMARIUM.

1. *Adstruitur definitio* indebiti.
2. *Quid, & quotuplex sit condictio* indebiti.
3. *Deducitur primum ejus requisitum.*
4. *Proponitur secundum, & tertium.*
5. *Quotuplex sit indebitum.*
6. *Quid sit indebitum naturale solùm, & Civile solùm.*
7. *Quartum requisitum exponitur.*
8. *Declaratur, quando hæc actio detur.*
9. *Utrùm, si errore juris sit solutum, & nulla subsit obligatio, hæc condictio locum habeat?*
10. *Resolvuntur argumenta contraria.*

11. *Quibus hæc actio competat.*
12. *Contra quem detur.*
13. *Annotatur objectum.*
14. *Quibus casibus cesset hæc condictio.*

1 Septima Actio est condictio indebiti; indebiti verò solutionem esse quasi contractum, communissima est sententia, per text. apertum *in §. 6. Inst. de obligat. quæ ex quas. contract. nasc.* & *l. si quis absentis §. is quoque 3. ff. de condict. indebit.* Bacchov *in tract. de action. disput. 4. thes. 15.* Struvius *Syntagm. jur. civil. exercit. 18. thes. 30.* tametsi enim partes solvendô indebitum expressè consentiant, ille tamen consensus non collimat, seu dirigitur ad obligationem constituendam, producendámque actionem, sed solùm ad obligationem illam putativam dissolvendam, ac per consequens magis ex distractu, quàm contractu obligatio reddendi oritur. *dict. §. item is 6. Instit. eod.* & *l. is qui. §. ult. in fin. ff. commod.* nec refragatur, quòd Justinianus indebiti solutionem inter veros contractus referat, *§. 3. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* hujus enim argumenti retorsio in eo fieri potest, quòd etiam *in tit. de usufr.* agatur de quasi usufructu, & tamen inde non concludatur, verum esse usumfructum, unde & propterea solùm Justinianus indebiti solutionem inter contractus reales in *cit. §.* retulit, quia ex re, seu actuali solutione obligatio oritur.

2 Delineari igitur potest, quòd sit quasi contractus, quô ille, qui indebitum per errorem solutum accepit, ad ejus restitutionem obligatur, *dict. §. item is 6. Inst. de obligat. quæ ex quasi contract. nasc.* ex quô oritur condictio indebiti, de quâ hîc sermo est, quæque nihil aliud est, quàm actio civilis, personalis, rei persecutoria, stricti juris, perpetua, quâ quis repetit indebitum per errorem solutum; causa ejus remota est quasi contractus, proxima est obligatio, estque duplex, alia certi, alia incerti condictio; prior est, quâ certa quantitas seu species, posterior, qua incertum quid petitur, sicut est v. g. translata possessio. *l. indebiti solutio 15. §. 1. l. qui exceptionem §. si pars. l. 22. §. 1. ff. de condict. indeb.* Dicitur hæc actio condictio, ergo secundùm rationem juris supponit, per solutionem indebiti, rei, quæ in solutionem data est, translatum esse dominium, *argt. l. interdum 29.* & *l. Dominus 53. ff. de condict. indeb.* Dices; indebiti solutio fit per errorem, error verò impedit translationem dominij, per *l. si procurator ff. de acquir. rer. domin.* Resp. illud obtinere eo casu, quando in ipsa solutione, seu in corpore vel specie rei debitæ est erratum, non autem, si in causâ debendi. Lauterbach *ff. de condict. indeb. thes. 3.* Harprecht *in §. 1. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. n. 10. l. 72. §. falsam ff. de condit. & demonstrat.*

Ad

3 Ad hoc igitur, ut hæc actio competat, necessariò requiruntur sequentia: primò, ut aliquid solutum seu datum sit. *cit. §. 1. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. §. 6. Instit. de obligat. quæ ex quas. contr. nasc.* an verò, ut hæc actio oriatur, necessariò exigatur, ut per solutionem sit translatum dominium, vel sufficiat, si sit translata possessio, haud immeritò ambigitur; mihi videtur distinguendum, aut enim est quæstio, an ordinaria actio seu condictio certi oriatur, & tunc requiritur, ut dominium rei solutæ sit translatum, per text. *in l. si vasorum ult. ff. Usufruct. quemadm. cav. l. si in area 33.* in verb. *quia nihil accipientis fieret, ff. de condict. indebit. l. Dominus 53. ff. eod.* vel est quæstio, an oriatur actio extraordinaria, seu condictio incerti, & tunc sola sufficit translata possessio. *l. indebiti §. sed et si, & l. qui exceptionem §. si pars ff. eod.*

4 Secundò principaliter, & quidem inevitabiliter deposcitur, ut datum sit aliquid tanquam debitum, & quidem ex causâ præteritâ, ad futuras enim hæc condictio non pertinet, *argt. d. §. 1. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Tertiò requiritur, ut datum sit ex causâ necessariâ, seu ad dandum putativè saltem obligante, si enim datum foret ex causa voluntaria, & non obligatoria, tametsi falsâ, datum non ampliùs repeti posset, per text. in *l. in summa 65. §. id quoque ff. de condict. indeb.* unde si amico meo, adhuc in cælibatu viventi, ex errore munus transmisi nuptiale, illud repetere ampliùs nequeo. in terminis Lauterbach *in conclus. forens. exercitat. 24. thes. 6.*

Præterea requiritur, ut causa illa, ex qua solutio facta est, falsa, & solutum indebitum sit, quô locô tamen adverte, indebitum triplici modô dici; primò indebitum naturaliter & civiliter simul, seu absolutè tale, quod est, quando nullô jure, nec naturali, nec civili debetur, quemadmodum si Titius ex causâ venditionis à me petat mille, cùm nulla tamen me inter & Titium unquam intercesserit emptio; ad quod etiam haud immeritò referri potest id, quod pupillus ex proprio contractu absque tutoris auctoritate celebrato solvit, tametsi enim juxta probabilem sententiam pupillus absque tutoris auctoritate contrahens saltem naturaliter obligetur, illa tamen obligatio à jure respectu pupilli omnibus est privata effectibus, ut constat ex *l. quod pupillus 41. ff. hoc tit.* quibus non minùs annumeratur legatum ex aliquo imperfecto testamentô relictum, aut quod excedit dodrantem, hæres enim adeundo hæreditatem solùm ad id se obstrinxisse censetur, ad quod de jure tenetur, *argt. l. si stipulatus 4.* in verb. *quia non est verosimile, plùs venditorem promisisse &c. ff. de usur. & fruct.* ultimò ad indebitum absolutum reduci potest id, quod sub vera & casuali conditione debetur, *argt. l. cedere 213. ff. de V. S.* 5

cum

cum quo coincidit illud, quod ad diem incertum debetur.

6 Secundò dicitur indebitum naturale tantùm, éstque illud, quod quidem ſtricta juris ratione debetur, ſed nullum habet annexum æquitatis naturalis vinculum, de quo in *l. quod ſi maritus §. ſi quis ff. de pecun. conſtitut.* tale autem indebitũ conſiderari poteſt vel ab initio alicujus actûs, ſicut quando aliquis contractus vi vel metu eſt extortus, vel ex poſtfacto, ſi pactum liberatorium vel juramentum interceſſit, quô confirmatum eſt nihil deberi. *l. cum is §. 2. l. ſi quis juráſſet. ff. de condict. indeb.* vid. præter alios Arnoldus Vinnius *lib. 1. ſelect. quæſt. cap. 47.* quò etiam referri poteſt ille caſus, quô naturalis obligatio ſubeſt, ea tamen à jure omninò eſt inhabilitata & reprobata, ſicut ſi fœmina pro alio interceſſit, & ſolvit, quod latiùs demonſtrant textus in *l. qui exceptionem 40. ff. de condict. indeb.* & *l. ſi mulier §. 1. in fin. ff. ad SCt. Vellei.* tertia ſpecies indebiti eſt, quod vocatur civile tantùm, quando de æquitate & naturali obligatione quidem debetur, de jure verò civili plenè & efficaciter non debetur, velùti quæ nudô pactô promiſſa ſunt. *l. in his verò 5. §. 2. ff. de ſolut.*

7 Quartò ad producendam condictionem indebiti indiſpenſabiliter requiritur, ut ſolutio ſit facta errore aut ignorantia, id eſt, quòd ſolutionem equidem indebitè præſtiterit, ſed cauſam debendi veram, & ſe obligatum eſſe exiſtimaverit ſolvens, per text. *in l. 6. & 7. Cod. de condict. indeb. l. 10. ff. de jur. & fact. ignorant.* unde ſi quis ſciens indebitum ſolvit, repetere non poteſt, ſed adversùs ſe tritam regulam pati debet, *cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſultò dati donatio eſt*, quæ exſtat *in l. 53. ff. de R. J.* Error autem alius eſt juris, alius facti, prior committitur, quando quis neſcit, quid Jura ipſi circa factum tribuant, poſterior, quando quis id, quod factum eſt, neſcit, aut quod factum non eſt, factum eſſe putat, ſicut clariùs deſumitur ex *l. 1. §. 1. ff. de jur. & fact. ignorant.* ad hoc autem, ut hæc condictio, de quâ hîc ſermo eſt, generetur, communiter Doctores requirunt errorem facti, per text. in *l. 6. & 7. ff. eod.* videantur illi, quos ad longum citat Vinnius *ſelectar. quæſt. lib. 1. cap. 47.*

Ex quibus ita prænotatis deducitur 1. ſi quid tam de jure civili, quàm naturali indebitum per errorem ſolutum ſit, absque omni dubio hac condictione repeti poſſe, per jura in *l. quod pupillus 41. ff. de condict. indeb. l. quod indebitum 7. ff. eod. l. 9. Cod. ad l. fa cid.* deducitur 2. ſi quid jure naturali indebitum per ignorantiam ſit ſolutum, pariter, ac ſi utroque jure, & civili & naturali indebitum foret, repeti poſſe. *l. indebitum 47. ff. de condict. indeb.* deducitur 3. aliud eſſe receptum circa indebitum jure civili tantùm, ſi enim aliquid de æquitate 8

te naturali quidem debetur, non autem de stricto Juris civilis rigore, tunc, tametsi errore facti sit solutum, haud tamen hac condictione repeti potest, quoniam in hac actione debitum & indebitum solummodo ex æquitate naturali æstimatur, per *text. in l. indebiti 15. & l. hac condictio 66. ff. hic*, ac proinde, si quid ex naturali æquitate debeatur, licet de jure civili sit indebitum, cessat repetitio, per text. in *l. si pœna 19. l. si non 26. §. 12. l. si quod 64. ff. eod.* modò talis obligatio naturalis sit plena, & à jure civili non reprobata, si enim talis obligatio improbata, & à jure civili suis effectibus spoliata esset, repetitioni locus foret, quod inferius exemplis magis dilucidabitur.

9 Illud tamen circa hanc materiam hactenus est controversum, an eo casu sit repetitioni locus, quando aliqua res errore juris soluta, & nulla prorsùs, nec naturalis subest obligatio? Negativam propugnant celeberrimi ICti, inter quos est Duarenus *de condict. indebit. cap. 3.* Bronchorst. *lib. 2. assert. 36.* Anton. Perez. *in Cod. hic n. 12.* Donell. *comment. juris lib. 14. cap. 14.* & alij passim; Ipsorum fundamentum est partim in *l. 6. & 7. Cod. de condict. indeb.* in quibus solius erroris facti mentio fit, ac propterea dicitur, legatum seu fideicommissum in testamento minùs solenni relictum, & postea ab hærede errore facti solutum repeti posse, secùs verò esse, si errore juris solutio præstita sit; partim in hoc, quòd error Juris ad captandum lucrum semper nocere soleat, prodesset enimverò, si res errore juris soluta repeti posset, quoniam dominium talis rei voluntate solventis in accipientem translatum est, qui in simili contingentia eô privari deberet, quam sententiam generalis confirmat regula *in l. cùm quis 10. Cod. de jur. & fact. ignor.* Sed quamvis hæc opinio speciosa præseferat fundamenta, adeò tamen ponderosa non sunt, ut me in contrarium moveant. Teneo igitur affirmativam cum Bacchovio *in tract. de action. disput. 14. thes. 17.* Vinnio *select. quæst. lib. 1. cap. 47.* & Prænob. ac Magnif. D. de Bassis in Sanderstorff & Mendorff. *in suis prælect. Cod. hoc tit.* Ratio præcipua mihi est, quòd condictio indebiti ex æquo & bono sit introducta, sicut partim constat ex *l. penult. ff. de condict. indeb.* partim ex ijs, quæ superiùs dicta sunt, ergo nulla alia exceptione, quàm æquitatis hæc condictio elidi potest, talem autem æquitatem ille prætendere nequit, qui rem nullo jure tenet, sive dein errore juris, sive facti soluta sit, præsertim cùm tale debitum nullos effectus obtineat, neque compensari, *l. quæcunque 14. ff. de compensat.* nec fidejussor ejus nomine dari possit, *l. quod enim 7. ff. de fidejuss.* exindéque manifestè altera juris Regula locum sibi

 ven-

vendicet, quod nimirùm nemo debeat cùm alterius jactura locupletari. *l. nam hoc 14. ff. hic.* 2. hæc opinio ex sequentibus textibus probabilissimè mihi demonstrari videtur, nimirùm ex *text. l. si quis se 7. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. l. cùm is §. 2. l. si quis, & l. fidejussor ff. de condict. indeb.* ex quibus patet, quòd, tametsi aliquis exceptione doli mali seu metûs tueri se potuisset, nihilominùs pecuniam, quam se debere putavit, & sic errore solvit, repetere possit. videatur hac de re enucleatiùs Bacchov. *dict. tract. disput. 14.* & Vinnius *cit. loc.* mihi enim mens non est, ea, quæ à proposito meo longiùs recedunt, exactiùs persequi.

10 In contrarium allata tanti roboris non sunt, ut negotium facessant; Ad primũ enim Resp. quanquam in *cit. LL.* solius erroris facti fiat mentio, alios tamen passim esse textus, ex quibus etiam error juris eruitur, præterquàm quòd ex textibus Codicis, propter eorum ad certum casum restrictam naturam, non semper argumentum à sensu contrario deduci valeat. Altera ratio minùs urget, quoniam, qui repetit, ideò in hoc casu repetit, quoniam aliàs pateretur patrimonij sui magnum detrimentum, ac per consequens magis de damno vitando, quàm lucro captando certat.

11 His igitur præmissis, facilè patet subjectum activum hujus actionis, conceditur enim in genere illis, qui indebitum per errorem solverunt, & illorum hæredibus; *l. 12. ff. de condict. indeb. l. 1. Cod. eod.* in specie autem competit 1. pupillo, qui absque auctoritate tutoris indebitum solvit, tametsi sciens vel errans hoc fecerit, nihilominùs, si pecunia, quam solvit, consumpta est, hæc actio competit, si autem exstet, vindicari potest, *l. interdum 29. ff. hic.* hoc enim est in favorem pupilli introductum, & ideò persona facit repetitioni locum, quod idem est dicendum de furiosis & prodigis, *d. l. 29.* 2. mulieri, quæ ex capite intercessionis pro alio factæ solvit, *l. qui exceptionem 40. ff. dict. tit.* ratio est, quòd, tametsi mulier intercedendo naturaliter obligetur, illa tamen obligatio à jure reprobata sit. vid. Lautterbach *ff. de condict. indeb. thes. 12.* Dubium autem est 1. an detur hæredi, qui ex testamento minùs solenni integra legata solvit? Resp. vel solvit errore facti, eò quòd putaverit majores esse patrimonij vires, & indistinctè repetere potest, *l. fideicommissum 7. Cod. de condict. indeb.* aut solvit errore juris, quia existimavit se ad hoc obstrictum, & repetere non potest, ex ratione, quoniam, etsi etiam errore juris solvens juxta sententiam meam repetere possit, id tamen facere non potest, si aliqua saltem moralis ex honestate exsurgens subsit obligatio. Prænob. & Magnif. D. Bassus

in suis 50. Decis. decis. 14. n. 7. Dubium est 2. an ei competat, qui debitum perpetua exceptione elidendum pendente conditione solvit, quod regulariter affirmandum est, per text. apertum in *l. sub conditione 16. & l. 18. ff. de condict. indeb.* modò nulla subsit naturalis obligatio, unde si quis 100. per pactum nudum promisit, licet perpetuam habeat exceptionem, tamen per hanc actionem repetere non potest, quia subest naturalis obligatio, ac propterea etiam filiusfamilias, qui contra SCtum Macedonianum pecuniam mutuò acceptam solvit, repetitionem non habet, cùm maneat naturaliter obligatus. 3. idem dicendum est de illo, qui per iniquam Judicis sententiam absolutus est, manet quippe naturalis obligatio. *l. Julianus 60. ff. de condict. indeb.*

12 Datur autem hæc actio adversus illum, qui indebitum suprà descriptô modô accepit, vel alteri delegavit, per *l. cùm indebitum 57. ff. de condict. indeb. l. si non 13. ff. de novat. & delegat.* adversùs pupillum tamen & minorem, absque Tutoris seu Curatoris auctoritate indebitum accipientes non competit, ratio est, quoniam tales se obligare non possunt, nisi in tantum, in quantum facti sunt locupletiores. *l. pupillus ff. de O. & A. l. naturaliter §. ult. ff. hic.* competit etiam contra hæredes, seu successores universales, *l. ex contractibus 49. ff. de O. & A.* non autem adversùs successorem singularem extenditur, *l. Titius §. ult. ff. de contrah. empt.* tametsi sint plurimi, qui eo casu hanc actionem adversùs singularem successorem porrigunt, quô aliquis ex causâ lucrativâ indebitum accepit, & per inopiam aut aliud impedimentum conveniri nequit. vide, qui referuntur à Lauterbach in *conclus. forens. exercit. 24. thes. 14.*

Objectum hujus actionis sunt res corporales, incorporales enim petuntur actione incerti, sicut videre est in text. *l. qui exceptionem 40. ff. hic. l. si quis 12. ff. de novat. & delegat.* quodsi res aliqua in specie est soluta, tunc ea repetitur cum omnibus fructibus, quamvis enim hæc actio sit stricti juris, quæ aliàs fructus solùm post litem contestatam persequitur, secùs tamen est hic, ubi peto rem, quæ semel fuit mea; *l. indebiti 15. l. in summa §. 5. ff. de condict. indebit. l. videamus 38. ff. de usur. & fruct.* quòdsi autem res indebitè soluta non exstaret, bonæ fidei possessor non plus restituit, quàm quantùm factus est locupletior, *l. si non sortem 26. §. 12. ff. hic.* secùs est, si malæ fidei possessor fuerit, hic enim verum rei pretium refundere tenetur, *d. l. in summa §. 8. ff. eod.* si autem aliquis quantitatem indebitam errore solutam accepisset, illius quantitatis usuræ, aut aliæ accessiones civiles de jure civili restituere non tenetur, *l. 1. Cod. de condict. indebit.* aliud tamen receptum esse hodiernis mo- 13

ribûs atteſtatur Lauterbach *dict. exercit. 24. theſ. 13*

14 Porrò hæc condictio ceſſat 1. ſi aliquid indebitè quidem, ſed transactionis causâ fuit ſolutum, *l. in ſumma 65. §. 1. ff. hic*, modò transactio legitimè ſit facta, aut evidens non ſubſit calumnia, eô enim caſu ſolutum repeti poteſt, ſicut patet ex *cit. §. 1.* 2. ſi quid ſolutum eſt ex tali cauſa, ex quâ lis inficiandô creſcit in duplum, quemadmodum in l. Aquilia, depoſito miſerabili, aut legato ad pias cauſas. *l. ea quæ 4. Cod. de condict. indeb.* ratio redditur in *alleg. l.* quia in hoc caſu magis ſuper dubio litis eventu transactum, quàm indebitè ſolutum eſſe cenſetur. 3. ceſſat hæc actio, ſi quid ſolutum eſt ex capite rei judicatæ, tametſi verum debitum non præceſſerit, *l. 1. Cod. hic.* ſententia enim & res judicata habetur pro veritate, *l. 29. §. penult. ff. man lat.* cujus authoritatem ſervari & cuſtodiri publicè intereſt, præterquàm quòd & ſibi quis propriam imputare debeat culpam, quia non appellavit; idem dicendum erit, ſi quis aliquid indebitè ſolvit ex capite juramenti deſuper præſtiti, cùm transactionis & juramenti eadem cum re judicata ſit auctoritas. *l. 20. Cod. de transact.* 4. ceſſat hæc actio, ſi quid pietatis causâ indebitè fuerit erogatum, *l. cùm is 32. §. 2. ff. hic.* ut ſi quis filiæ ſuppoſititiæ, aut alio errore ductus dotem dederit, quam materiam per varios caſus diſtinctâ nervoſiſſimè expedivit Prænob. ac Magnif. D. Baſſus in Sanderſtorff & Mendorff. *dict. deciſ. 14. n. 16.* 5. ceſſat, ſi quis pœnæ causâ liberatus eſt; cujus caſûs figuratio ex *l. 19. ff. hic* deducitur, v. gr. ego debitoris mei rem propria auctoritate ocupavi, per quam occupationem debitor meus quidem eſt liberatus, ſi tamen exinde ſolvit, non poteſt repetere, quia manet naturalis obligatio.

ACTIO

Seu Condictio ſine causâ.

SUMMARIUM.

1. *Quando detur hæc actio.*
2. *Qualis ſit hæc condictio.*
3. *Quotuplici modo dicatur cauſa deficere.*
4. *Declaratur per caſus, quibus hæc actio detur.*
5. *Annotatur ſubjectum paſſivum, & objectum ejus.*

In

1 IN octavum numerum venit condictio sine causâ, quæ est generalis, concurritq; cũ reliquis condictionibus, *causâ dati causâ non secuta*, *ob turpem vel injustam causã*, *indebiti*, & quidem, quoties, ambiguum est, quænam ex dictis competat; Latiùs autem hîc vocabulum *causa* accipitur, quatenùs tam præteritam, quàm futuram complectitur.

2 Condictio hæc est civilis, personalis, rei persecutoria, stricti Juris, quâ res apud alium sine causâ existens repetitur, causa ejus remota est quasi contractus, sive acceptio sine causa, est enim contra naturalem æquitatem, rem unius permanere apud alium sine titulo, *l. 32. ff. de reb. cred.* proxima est obligatio; dividitur in condictionem certi, quâ res certa petitur, & incerti, qualis describitur à Paulo *in l. 6. ff. de reb. cred.* & *l. 74. & 75. ff. de V. O.*

3 Tripliciter autem causa deficere dicitur, 1. si ab initio est nulla, cùm nulliter initus sit contractus, vel negotium. 2. si causa non sit secuta. 3. si est finita. *l. 1. §. 2. ff. hic.* Petr. Myllerus *in Struv. exercit. 18. th. 47.*

4 Conceditur hæc condictio illis, qui aliquid alteri promiserunt ob causam, quæ secuta non est. *l. 1. §. 1. ff. hic.* 2. illis, qui rem dederunt, quæ sine causa apud alium existit, & eorum hæredibus. Oldendorp. *class. 6. act. 5. n. 2.* Lautterbach. *ff. hic §. 6.* in specie 1. datur puellæ, vel mulieri, quæ dotem in sponsum transtulit, cùm nuptiæ non sint secutæ, *argt. l. ult. ff. hic.* & 2. illi, qui sub spe futuræ numerationis chyrographũ extradidit, & numeratio non est secuta, ad repetendum chyrographum, qui sine causa apud alium existit. *l. ult. Cod. hic*, ibique Brunneman. 3. si sartor vel fullo vestimenta conficienda, vel resarcienda suscepit, eique hæc amota sunt, & exinde æstimationem vestimentorum Domino præstare debuit, quando Dominus vestimenta denuò recuperavit, fullo æstimationem hac condictione repetere potest. *l. 2. ff. hic*, ibique Brunnem. & Castrens. 4. casu, quô arrhæ sunt datæ in signum celebratæ emptionis, si emptio resolvitur, per hanc condictionem arrhæ repeti possunt. *l. 11. §. 6. ff. de action. empt.* 5. facta solutione chyrographus à creditore retentus, hac actione repeti potest. *l. 2. Cod. hic.* postremò malæ fidei possessor re evictâ hac actione pulsari potest ad restitutionem fructuum consumptorum. Francisc. Duarenus *ad l. 3. Cod. hoc tit.*

5 Subjectum passivum constituunt illi, qui rem datam sine causa, vel eâ finitâ, vel non secutâ detinent; persequitúrque hæc condictio rem cum omnibus accessionibus restituendam, vel si promissio præcessit, ad liberationem agitur. Ol-

dendorp. *dict. class. 6. act. 5. n. 6.* Struvius *syntagm. juris Civil. exercit. 18. thes. 48.* est autem, quemadmodum aliæ condictiones, perpetua. Oldendorp. *dict. loc.*

ACTIO

Seu Condictio furtiva.

SUMMARIUM.

1. *Describitur hæc actio.*
2. *Quæ sit ejus causa remota.*
3. *Adducuntur rationes decidendi.*
4. *Assignatur subjectum activum hujus actionis.*
5. *In quo differat à rei vindicatione.*
6. *Conceditur etiam bonæ fidei possessori.*
7. *Cui detur condictio incerti.*
8. *Subjicitur subjectum passivum.*
9. *Exponitur* §. si tamen alienam 26. Instit. de rer. divis.
10. *An contra hæredes detur in solidum.*
11. *Solidatur alio argumento.*
12. *Solvitur objectio.*
13. *Diluitur alia oppositio.*
14. *Describitur objectum.*
15. *Respondetur ad text.* in l. 2. §. 3. ff. de privat. delict.

1 Nona actio est condictio furtiva, quæ est actio personalis, civilis, rei persecutoria, irregularis seu Extraordinaria, perpetua, quâ repetitur res furtô sublata; singula hæc vocabula exponentur in deductione causæ, subjecti & objecti hujus actionis.

2 De causâ remota hujus condictionis sunt duæ Doctorum sententiæ; prima contendit, hanc actionem non ex maleficio, sed occasione ejus nasci, adeóque magis dativam, quàm nativam esse, cujus sententiæ Patroni sunt Bacchovius *in tract. de Action. disput. 4. thes. 21.* Wisenbach *ad ff. disput. 26. thes. 2.* Lautterbach. *ff. de condict. furtiv. thes. 4.* Altera tuetur, hanc condictionem ex furto, per consequens ex delicto enasci. Oldendorp. *class. 7. act. 4.* Struvius *syntagm. jur. civil. exercit. 18. thes. 50.* Donellus *ad Rubric. Cod. de condict. furtiv.* & alij relati à Petro Myllero, in *not. ad Struv. dict. loc.*

Huic posteriori sententiæ, ne 3 verbis ludam, & ego calculum meum adjicio, probatúrque 1. ex *l. 2. l. 3. & l. 9. ff. hoc tit.* quibus in locis nuncupatur condictio ex causâ furtivâ, quod vix in alio sensu intelligi potest, quàm quòd descendat

dat ex furto; 2. ex *l. 8. ff. de noxal. action.* ubi ex furto à servo commisso adversùs Dominum actio noxalis movenda est, quæ non nisi ex delicto ortum sortitur: 3. ex *l. 10. §. 2. ff. de compensat.* in qua, postquam Ulpianus determinavit, in actionibus ex delicto natis, si rei persecutoræ sint, compensationem admittendam esse, pro exemplo condictionem furtivam subijcit; postremò confirmatur ratione, Imperator enim Justinianus in §. 14. *Inst. de Action.* palàm asserit, odio furum adversùs regulas juris communis actionem hanc inductam esse, & sub formula, *si paret rem dare oportere*, neminemque rem suam nisi à fure condicere posse, *l. fin. ff. usufruct. quemadm. cav.* quin hæc actio contra hæredes rei conventi in solidum conceditur, si verò non progeneraretur ex delicto, nihil novi, aut insoliti esset; quemadmodum igitur ex alijs maleficijs duplex oritur actio, una rei persecutoria, altera pœnalis, ita quoque ex furto. vid. nervosè hac de re discurrens Petr. Myllerus *in not. ad Struv. dict. loc.* causa igitur hujus condictionis remota est delictum, proxima obligatio.

4 Dividitur hæc actio in condictionem certi, & incerti; Struvius *dict. exercit. 18. thes. 51.* prior datur soli Domino, cui res naturaliter vel civiliter est ablata, si videlicet alius, Domini nomine & locô, in possessione fuit, qualis est commodatarius, depositarius, conductor. *l. 11. l. 12. ff. hic. l. 14. §. 16. ff. de furt.* quam ob rem non indulgetur legatario, si res subrepta sit ante factam traditionem, cùm hactenùs possessionem non sit adeptus, per consequens ei furtum factum fuisse non censeatur: *l. 11. ff. hic.* minùs hæc condictio obvenit ei, cui rei legatæ dominium primùm supervenit, illi enim soli hac condictione succurritur, qui tempore furti jam habuit dominiú; *l. 14. §. 16. ff. de furt.* minimè verò ille hac juvatur actione, à quo dominium rei furto submotæ recessit, dominio námq; amisso hæc ampliùs moveri nequit. *l. 10. §. 2. ff. hic.* quare si rei communis furtum fuerit perpetratum, provocans ad divisionem hac condictione destituitur, provocatus verò eandem retinet. *l. 12. §. 1. ff. hic.* exinde infertur, per alienationem necessariam hanc condictionem non amitti, benè per voluntariam. Gloss. *in dict. l. 12. §. 1. ff. hic.* Brunnem. *eod.* Nec obstat, quòd Dominus nequeat rem suam condicere: Superiùs enim jam est attacta ratio, & indubitati juris, rei dominium verè in furem non transire, fingitur igitur in præjudicium furis, & eum in finem transire, ut hac condictione pulsari queat, non verò transit in præjudicium Domini, cui omnia jura & privilegia, dominio annexa, intacta perdurant;

5 Hinc agens hac condictione non tenetur probare dominium, cùm fur non possit quæstionem dominij referre, quo in passu pinguior hæc actio est rei vindicatione, in qua ex par-

parte actoris dominium probari debet. 2. condictione furtiva fur percelli potest, etsi res interitu perempta sit, cùm fur semper censeatur esse in mora, non verò rei vindicatio moveri potest, si res interijt; neque contra tertium porrigitur condictio furtiva, quemadmodum rei vindicatio. Dices: si res furto sublata interitu esse desinit, semper datur utilis rei vindicatio, quia fur in dolo esse, & eodem possidere desinere censetur. Resp. quoad acquisitionem furem in dolo esse, minùs quoad amissionem, nisi in specie probari possit, eum dolô malô desijsse possidere. Magnif. de Bassis *in prælect. Cod. ad tit. de condict. furtiv.* hæredibus actoris non secùs est definita hæc condictio, ac aliæ præcedentes. *l. 11. ff. hoc tit.*

6 Præstituta quoque est hæc actio bonæ fidei possessoribus, cùm & hi Domini locum sortiantur, *tot. tit. ff. de public. in rem act.* etsi enim Ulpianus in *l. 1. ff. hic* asserat, hanc condictionem soli Domino competere, ejus tamen assertio non est ita strictè subaudienda, ut excludantur illi, qui fictum, vel quasi dominium habent; ob eandem rationem datur quoque tutori & curatori, locò pupilli, & minoris in curâ existentis, cùm & hi locò Domini existant.

7 Condictio verò incerti præfinita est creditori ratione pignoris subrepti. *l. 12. §. fin. ff. hic. l. 22. ff. de pignorat. act.* 2. Usufructuario, si fructus jam ad maturitatem perducti sint, *argt. l. 12. §. 5. ff. de usufr.* & ratio est, quoniam, etsi Dominus fructuum non sit, nisi ipse vel alter ejus locò collegerit, interest tamen, eos non esse submotos, *argt. l. ult. §. 3 ff. de furt.* eamque ob rem quoque concessa est 3. conductori & commodatario, si res locata, vel commodata furtô abripitur, *d. l. fin. §. 3. ff. de furt.* cùm eorum vel maximè intersit, rem subreptam non esse.

Subjecto activo succedit passivum, quod conficiunt personæ, contra quas hæc condictio protenditur. 8
Datur autem 1. adversùs illum, qui rem actu ipso contrectavit, sive sit fur manifestus, sive nec manifestus, sive prædo, aut in specie latro. *l. 10. in princ. & §. ei quoque 1. ff. hic. l. 2. §. penult. ff. de vi bon. rapt.* plures si sint fures, aut raptores, omnes in solidum obstringuntur, unô tamen eorum solutionem præstante, reliqui liberantur, *l. 1. Cod. hic.* quoniam hæc condictio est rei persecutoria, adeóque consumitur, si id, quod abest, præstatur, idem enim bis peti nequit, *l. 57. ff. de R. I.* ita tamen, ut hac condictione pulsatus nec beneficium divisionis, nec, si solvit, regressum contra reliquos habeat. Salycet. *in d. l. 1. Cod. hic.* Brunnem. *eod.* nec obstat, quòd, si unus actione furti conventus solvit, reliqui non liberentur, actio enim furti est pœnalis, per consequens omnes, qui delictò se contaminant, onerat. *dict. l. 1. Cod. h. t.*

h. t. 2. porrigitur hæc condictio adversùs illos, quorum operâ, & consiliô furtum aut rapina est perpetrata; *l. 53. §. 1. ff. de V. S. l. ult. Cod. de noxal. action.* deposcitur autem, ut consilium concurrerit cũ operâ, & hæc sit talis, quæ instrumentaliter in causam physicam influat, velut si rem raptam aut furtô sublatam raptoris vel furis humeris injecerit, ut faciliùs in fugam se daret, aut alicui pecunias excusserit, ut socius aufferret, aut pecus è pascuis abegerit, vel diffugaverit, ut alter occuparet; si autem consilium & opera se habet solùm per modum causæ moralis, ut si excubias quis agit, ne delinquentes deprehendantur, tunc adversùs talem hæc condictio non protenditur; quemadmodum autem contra fures & raptores, ita quoque contra eorum hæredes, bonorum possessores, aliósque successores hæc condictio porrigitur, absque discrimine, cujus ætatis vel judicij sint. *l. 2. ff. hic.* adversùs successorem verò singularem non potest moveri, prout innuit Paulus in *l. 5. ff. hic.* in verb. *aut hæres ejus*: & suadet communis ratio, cùm sit actio personalis, quæ personam obligati, atque illum, qui eam repræsentat, non egreditur. *l. 25. ff. de O. & A.*

9 Sed negotium facessere videtur text. *in §. 26. Instit. de rer. divis.* ubi dicitur, quòd res furtivæ extinctæ condici possint à furibus, & quibuscunque alijs possessoribus; subaudiendus autẽ est textus, quòd à fure condictione furtiva, ab alijs autem possessoribus condictione sine causâ, vel triticariâ. *l. 1. §. 1. ff. de condict. tritic.* Bacchov. & Vinnius *ad d. §. 26. Instit. de rer. divis.* confer. Schambogen *Instit. eod.* paulo aliter discurrit Manz. qui verba, *à quibuscunque possessoribus*, intelligit de malæ fidei possessoribus.

Quod de hæredibus furis & raptoris est asseveratum, aliud suggerit dubium, utrùm ergo hac condictione perstringi in solidum possint, etsi ad eos nihil pervenerit. 10
Negativam haud pauci tuentur, quos inter est Jacob Cujac. *lib. 7. observ. cap. 37.* Hermannus Vultejus *in §. 14. Instit. de Act.* & alij. Affirmativa verò magis est solida; vid. Bacchov. in *tract. de action. disput. 4. thes. 21.* Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 18. thes. 54.* Wisenbach *ad Pand. disput. 26. thes. 5.* Lautterbach *ff. hic.* Ostenditur hæc affirmativa assertio per *l. 9. ff. hic*, ubi expreßè dicitur, quòd hæredes in solidum obstringantur, non pro ea solùm parte, quæ ad eos pervenit, vide relatos à Brunnem. in *dict. l. 9.* sunt quidem, qui textum exaudiunt de casu, quô lis jam cum defuncto est contestata: sed parùm solidè, exinde namque sequeretur, quòd nulla foret differentia inter actiones pœnales, & condictionem furtivam, cùm & illæ post litis contestationem in so-

lidum in hæredes transeant. Roboratur hæc opinio 2. per *l. 2. l. 5. & 7. ff. hic*, in quibus absolutè dicitur condictio furtiva in hæredes transire, nec fit discrimen, an aliquid pervenerit, vel non, quod aliàs constanter interponi solet, si actiones non transeant. *l. 23. §. 8. ff. ad l. Aquil. l. 13. ff. de serv. corrupt. l. 35. ff. de Obl. & Act.* Firmitatem 3. sortitur ex natura aliarum condictionum, quæ omnes adversùs hæredes in solidum collimant, quamvis ad eos nihil pervenerit. *l. 157. §. final. ff. de R. I.*

11 Probatur hæc assertio ulteriùs; Condictio furtiva interitu rei non perimitur, *l. 8. l. ult. ff. hic*, ex ratione, cùm fur perduret in constanti mora, cujus ea vis & potestas est, ut actionis vitam in perpetuum producat, *l. 91. §. 3. ff. de V. O.* ergo nec interitu personæ, cùm ratio moræ non minùs in personâ, quàm re pugnet. Postremò robur accipit ex illo juris principio, quòd inspectô jure naturæ hæres sit adstrictus ad exonerandam conscientiam defuncti, ergo quoque tenebitur de jure civili, quoties enim quæstio jure civili est dubia, Jure autem naturæ certa, standum est posteriori, quoniam jus certum semper prævalet dubio.

12 Dices 1. Actio rerum amotarum in hæredes devolvitur duntaxat in id, quod ad eos pervenit, *l. ult. Cod. rer. amot.* ergo & condictio furtiva, quia prior est species posterioris. *l. 6. §. 4. & l. 21. §. 26. ff. eod.* Resp. quamvis aliqua has inter actiones sit similitudo, in omnibus tamen non conveniunt, nec tantô odiô dignam censuerunt jura actionem rerum amotarum, quàm condictionem furtivam, & quidem in honorem matrimonij, & vitæ præteritæ, ob quam jura etiam noluerunt adversùs conjugem admittere actionem furti; comparatur igitur actio rerum amotarum & condictio furtiva in tantum, in quantum sunt rei persecutoriæ, discrepant tamen in eo, quod posterior in solidum, prior verò in id tantùm, quod pervenit, adversùs hæredes detur. 2. solet opponi text. in *l. 2. §. fin. ff. de vi bon. rapt.* in quo negatur, actionem vi bonorum raptorum dari in hæredes, quatenùs ad eos pervenit, ex ratione, quòd sufficiat condictio furtiva, adeóque nec hæc ultra id, quod pervenit, extendetur. At non ejus est sensûs textus ille, ideò enim Prætor denegat actionem vi bonorum raptorum, quia alia pinguior actio supponitur, id est, condictio furtiva. Adducitur 3. text. in *l. 9. §. final. & l. 10. ff. de tutel. & rat. distrah.* ubi asseritur, actiones furti, L. Aquiliæ, & condictionem furtivam, quæ dantur contra tutorem, morte interire. Sed nimiùm probat hoc argumentum, & quòd condictio furtiva nec transiret in hæredes, in quantum pervenit; hinc verba, *morte interire*, restringenda sunt ad actiones furti &

& L. Aquiliæ, non ad condictionem furtivam.

13 Ulterius urgent aliqui etiam illud argumentum: condictio furtiva non datur in patrem, vel Dominum, nisi quatenùs peculium fuerit auctum, *l. 3. §. penult. ff. de pecul.* ergo à paritate rationis nec in hæredes dabitur, nisi hæreditas sit facta locupletior. At hoc suppositum est falsum, nec enim condictio furtiva tanquam ex delicto filij orta in patrem datur, *argt. l. 5. §. 2. & l. 44. ff. de pecul.* sed si ex delicto filij aliquid ad patrem pervenit, præstituta est actio de peculio. Instabis: si condictio furtiva ex delicto ortum habet, ad hæredes non, nisi in quantum pervenit, transmittetur. *l. 9. §. ult. l. 10. ff. de tribut. act. l. 17. §. 1. l. 26. & 27. ff. de dol. mal. l. 3. §. ult. ff. si mens. fals. mod. dix.* Resp. esse Regulam communem, quòd in toto jure generi derogetur per speciem, & quemadmodum condictio furtiva irregularis est, & in multis alijs articulis à cœteris actionibus regularibus exorbitat, ita & in hoc ejus est dispar conditio, ob odium, quo jura fures & raptores persequuntur, frequentiámque hujus delicti. vide, quos allegat, & sequitur Petr. Myller. *in not. ad Struv. synt. jur. civil. exercit. 18. thes. 54.* Indulgetur ulterius hæc condictio adversùs tutorem infantis, vel Curatorem furiosi, ad rem à defuncto subreptam, *l. 2. in fin. ff. hic.* quin etiam adversùs tutores, qui pupillorum res interverterunt *l. si tutor 9. §. fin. ff. de tutel. & rat. distrah.* item adversùs patrem, furtum committentem in peculio filijfam. castrensi vel quasi, *l. 52. §. 6. ff. de furt.* multò magis verò adversùs Vitricum, res privigni amoventem. Myller. *dict. loc.* ultimò porrigitur contra falsum procuratorem, qui alterius pecuniam perperam accepit. *l. 80. §. si Titius ff. de furt.*

Descendendo ad objectum hujus condictionis, persequitur illa 14 principaliter rem furtò sublatam, etiamsi in aliam sit transmutata formam. *l. 8. l. 13. ff. hic.* si verb. gr. ex argento furtivo pocula sunt efformata, hac condictione repeti possunt, cùm furtiva censeantur, *dict. l. 13.* aut si ex lanâ furtô amotâ vestimenta confecta sint. *l. 4. §. 20. ff. de usurp. & usucap.* Dices: si ex pecunia furtiva res est comparata, non subjacet illa huic condictioni: *l. 48. §. fin. ff. de furt.* ergò nec, si ex lana aliud quid est contextum. Resp. disparitatem in eo fundari, quoniam nec res succedit in locum pretij, nec pretium in locum rei, adeóque quamvis pretium vel res sit furtiva, exinde tamen haud sequitur, rem per pretium emptam, vel pretium ex re distractâ redemptum furtivum esse. Persequitur autem hæc condictio rem furtô amotam cum omnibus fructibus, tam perceptis, quàm illis, qui percipi po-

potuissent, exstantibus non minùs, ac consumptis, *l. 3. l. 8. §. fin. ff. hic*, non solùm post litem contestatam, sed etiam ante acceptum judicium perceptis. *l. 15. l. 66. ff. de condict. indeb. l. 38. §. 2. ff. de usur. & fruct.* Struvius *exercit. 18. thes. 56.* ibique Myllerus, Oldendorpius *class. 7. act. 4.* Si verò res etiam casu fortuito perempta est, petitur æstimatio, sive ante, sive post litis contestationem perierit, *l. 8. §. 1. & l. fin. ff. hic*, & quidem habitâ ratione illius temporis, quô res post commissum furtum vel rapinam plurimi unquam fuit, ratio est, quoniam fur vel raptor in perpetuâ versatur morâ, ergò æquissimè ei imponitur onus præstandæ æstimationis, quæ fuit à tempore commissi furti vel rapinæ, usque ad sententiam, vid. Struvius *dict. loc.* Bacchov. *de act. disput. 4. thes. 22.* Wisenbach. *ad ff. disput. 26. thes. 1.* Lauterbach. *ff. hic §. 13.* nisi fur per oblationem rei furto sublatæ moram purgaverit, tunc enim res absque furis culpâ perempta est, & suo Domino perijt.

Nec adversatur text. *in l. 2. §. 3. ff.* 15
de privat. delict. ubi negatur condictio furtiva egredi tempus judicij accipiendi: per tempus enim judicij accipiendi in illo textu non denotatur tempus litis contestatæ, quemadmodum in alijs casibus fieri assolet, sed tempus commissi criminis, & natæ obligationis, ex quo fur cum effectu ad judicium vocari potuisset. Cum quibus alijs actionibus & remedijs hæc condictio concurrat, speciosè scribit Petrus Myller. *in not. ad Struv. exercit. 18. thes. 56.* Etsi autem non desint, qui huic actioni infamandi vim attribuant, infamiâ tamen juris eam affectam esse, defendi nequit, per *l. 36. ff. de O. & A.* ubi ait Ulpianus: *cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex causis famosis dependeant.*

ACTIO

Condictitia ex Lege.

SUMMARIUM.

1. *Quæ sint leges antiquæ, & quando huic actioni sit locus.*
2. *Describitur hæc actio.*
3. *Designantur exempla, quibus datur hæc condictio.*

1 DEcima Actio est condictio ex lege. Expositis succinctè condictionibus specialibus, succedunt generales, quarum, juxta Pandectarum ordinem, primum locum præoccupat condictio sine causa, superiùs jam deducta, sequitur nunc altera, nempe condictio ex lege. Leges autem vel sunt antiquæ vel novæ, antiquæ sunt Leges XII. Tabularum, quæ autem exinde subsecutæ, vocantur novæ. Lauterbach *ff. hic* §. 5. Widmont *eodem n.* 3. Bacchov. *de action. disput.* 4. *thes.* 12. Non est autem locus huic condictioni, si obligatio est legis veteris, & ex ea orta actio sufficit, ut actio ex empto, & aliæ similes, nec quando obligationes ex jure gentium ortæ, synallagma & causam, dationem nimirum vel factum, complectuntur, ob quæ negotij qualitas actionem generat, *l.* 71. *&* 72, *ff. de pact.* & plerumq; actiones in factum sunt præstitutæ; *l.* 12. *ff. de præscript. verb.* minùs, si obligatio descendit ex Edicto prætorio. vid. Jacob. Cujac. *ad Cod. hoc tit.* Bacchovius *de action. disput.* 4. *thes.* 12. oportet ergo esse legem, vel constitutionem Juris civilis, vel sanctionem, ab eo, penes quem est summa rerum, & potestas legislativa, legitimè, & post Leges XII. Tabul promulgatam. Donell. *in l. unic. Cod. de condict. ex leg.* Bacchov. *dict. loc.*

2 Est igitur actio Civilis, personalis, rei persecutoria, generalis, stricti Juris, competens ad id, quod debetur ex obligatione, à lege nova introducta, quæ de genere actionis nihil cavit. Franzk. *ff. hic à n.* 2. Struvius *dict. exercit.* 18. *thes.* 57. Lauterbach. *ff. hic* §. 1. causa ejus remota est lex ipsa, adeóque dativa censetur, (etsi & alij eo casu, quo aliquod factum præcedit, nativam dicant, vide relatos apud Myller. *in Struv. dict. exercit.* 18. *thes.* 57.) proxima est obligatio. Ex hactenus autem assertis haud difficulter patent ejus requisita, nimirùm ut sit obligatio ex nova lege, eâque à jure Civili promulgata, & non specialiter determinatum, qua actione sit agendum. *l. unic. ff. hic.*

3 Pro uberiori condictionis hujus declaratione lubet exempla quædam subijcere, in quibus hæc condictio sibi locum vendicat. primum est in *l. si quis argentum* 35. *Cod. de donat.* quæ condictionem hanc dat donatario adversùs donantem, ad rem donatam consequendam. 2. in *l. fin.* §. 6. *Cod. de jur. delib.* ubi anteriores defuncti creditores contra posteriores agunt, ad res ipsis hypothecatas consequendas, quas hæredes posterioribus Creditoribus extradidêre. 3. in *l. ult. Cod. de revoc. donat.* contra ingratum donatarium ad revocandam donationem. 4. in *l.* 27. §. *fin. ff. ad l. Jul. de adulter.* si quis adulterij perpetrati insimulatus, eámque ob causam ejus servus torturæ subjectus perijt, & reus inquisitus sit absolutus, æstimationem servi ex *cit. l.* petere poterat. 5. si quis in divisio-

ne rei communis perperam est circumscriptus, aget contra socium ad reformationem ex *l.3.Cod.commun. utriusq; judic.* 6. ex *l.30. & 36. Cod. de inoffic. testam.* si cui in testamento minus legitimâ est relictum, poterit agere ad supplementum, quod remedium passim dicitur actio suppletoria. 7. ex *l. unic. Cod. de condict. ex leg.* ubi potest fiscus ex necessitate convenire debitoris debitorem. 8. in causâ primipili condictione hac pulsari possunt filij, etsi ab hæreditate paterna abstinuerint. *l.4. Cod. de primipil.* vid. Sichard. & Brunneman. in *dict. l. 1. ff. de condict. ex leg.* 9. ex Recess. Imperij de annis 1500. & 1530. potest debitor agere contra creditorem, cui ultra legitimum modum usuræ sunt solutæ. quin ultimò huc reduci potest condictio ex moribus, & quando jure Canonicô aliqua obligatio est confirmata. consulatur Petr. Myller. in *not. ad Struv. dict. exercit. 18. thes. 58.* ex quibus breviter perstrictis facilè constat, quodnam sit condictionis hujus subjectum activum & passivum; Lauterbach *ff. hic. §. 8.* perpetua autem est hæc actio ex natura condictionum & actionum personalium.

ACTIO

Seu Condictio, quæ dicitur Triticaria.

SUMMARIUM.

1. *Definitur hæc condictio.*
2. *Quibus concedatur, & adversùs quos.*
3. *Tangitur objectum.*
4. *Cujus temporis æstimatio sit consideranda.*

1 UNdecima Actio est Condictio Triticaria, quæ etiam condictionibus generalibus annumeratur. De ortu ejus & nomine variant Auctores, ut videre est apud Wisenbach *ff. hic in pr.* alij ab objecto, alij à causa efficiente derivant. Bacchov. *in tract. de action. disput. 4. thes. 13.* Wisenbach *ad Pand. hic n. 1.* Describi potest, quòd sit actio personalis, rei persecutoria, arbitraria, quâ quis rem ex quacunque causâ debitam (præter pecuniam numeratam) petit, ita tamen, ut sit in arbitriô Judicis, eam pro ratione loci & temporis æstimare, reúmque condemnare; *l. 1. ff. hic.* causa igitur remota est quævis causa ad producendam obligationem habilis, proxima est obligatio dandi, quemadmo-

modum in cœteris condictionibus. Castrensis in *l. 1. ff. hoc tit.* Petr. Myller. *in not. ad Struv. dict. exerc. 18. thes. 61.* Prætoria est, atque arbitraria, juxta communem sententiam. Bacchov. *in Treutl. vol. 1. disput. 23. thes. 2.* Struv. *dict. loc. thes. 60.* casum hujus condictionis efformat Myller. *dict. thes.* rationem autem, cur non detur pro pecunia numerata, saltem conjecturalem reddunt DD. apud Castrensem in *l. 1. ff. hic*, quòd hæc condictio sit adinventa pro rebus, quarum æstimatio variat, pecuniæ verò æstimatio est uniformis, ergo illa ab hac actione excluditur.

2 Subjectum hujus condictionis activum constituunt illi, quibus aliqua res debetur, & regulariter ij, qui Domini non sunt; excipiuntur tamen varij casus, quibûs etiam Dominis hæc condictio accommodatur, quemadmodum si res sit furto vel rapina subrepta; *l. 1. §. 1. l. 2. ff. hoc tit.* conceditur & hæredibus; *l. 13. Cod. de contrah. stipulat.* Datur adversùs illum, qui se obligavit per contractum, & ejus hæredes, aut subinde etiam adversùs eum, qui ex delicto, furtô, vel dejectione est obstrictus. *dict. l. 1. §. 1. & l. 2. 2. ff. hic*, Struvus *d. exercit. 18. thes. 63.*

3 Objectum constituunt res omnes æstimanda, mobiles, sive immobiles, corporales, sive incorporales, certæ, sive incertæ, ex quacunque causâ debitæ. Dices: pro pecunia præstituta est condictio certi, pro reliquis rebus condictio incerti, ergo superflua erit condictio triticaria. Resp. hujus condictionis illud esse speciale, quòd sit arbitraria, quam qualitatem reliquæ non sortiuntur.

Dubium autem est, cujus temporis æstimatio sit consideranda. Resp. 4
si tempus & locus conventioni vel negotio est adjectus, tunc æstimatio illius loci & temporis attenditur. *l. ult. ff. hic.* si autem tempus jam est lapsum, & debitor morosus existit, eum Judex, quanti à tempore moræ unquam res fuit, condemnare debet. Struvius *Syntagm. jur. civil. dict. exercit. 18. thes. 64.* si autem nec tempus, nec locus conventioni est appositus, tunc ponderatur æstimatio illius temporis, quô judicium accipitur, & loci, in quo petitur, *l. fin. ff. hic*: si autem in susceptione judicij mora fortè sit commissa, à tempore moræ augetur pretium, *l. 3. ff. hoc tit.* de quâ re inferius in actione commodati uberiùs differetur; perpetua est hæc actio adinstar cœterarum condictionum.

ACTIO

Condictitia, de eo, quod certô locô dari oportet.

SUMMARIUM.

1. *Præfiguratur casus.*
2. *Solvitur objectio.*
3. *Describitur hæc condictio.*
4. *An in quovis foro possit moveri?*
5. *Cujus sit electio, si alternatio locorum sit adjecta.*
6. *Quid asserendum, si diversa debeantur res.*
7. *Quid, si conjunctio locorum sit apposita.*
8. *Declaratur hæc condictio.*
9. *Adjectio temporis non facit actionem arbitrariam.*
10. *Quibus, &*
11. *Contra quos detur hæc actio.*
12. *Describitur objectum.*
13. *An fidejussor ad interesse possit condemnari.*

1 DUodecima actio est de eo, quod certô locô dari oportet; varias hæc in sui expositione patitur difficultates, eásque diversi, qui occurrunt, subministrant casus; ut igitur natura ejus patescat, haud displicet, cum Manz. *in §. 31. Instit. de action.* & Myllero *in not. ad Struv. cit. exercit. 18. thes. 66.* subijcere casum. Debeo Cornelio Mercatori Lipsiensi mille cum gravi usurâ, aut pœna conventionali, hic verò Ingolstadij mutuavi Sempronio mille, ut eos in proximis nundinis Lipsiæ solvat; si inibi comparet, movenda est condictio certi ex mutuo, si minùs, præstituta est hæc condictio de eo, quod certô locô dari oportet, quæ equidem non est peculiaris quædam actio, aut distincta ab alijs species, sed adjectitia duntaxat qualitate quadam distat, quæ propter loci adjectionem actionibus stricti juris apponitur. Wisenbach. *ff. hic n. 5.* Manz. *ad §. 31. Inst. de action.* Rubr. *de action. de eo, quod cert. loc. &c. n. 7.* Lauterbach. *ff hoc tit. §. 2.*

Dices: si in alio, quàm enuntiatum est, loco Sempronius potest conveniri, tunc actor prolabetur in pœnam plus petentis, *§. 33. Instit. de action.* adeóque nec actio in alio loco moveri, cùm plus petens causâ cadat, nec interesse peti poterit, cùm condictio certi ex mutuo sit stricti juris; vid. Wisenbach. *ff. hic. n. 6.* Manz. *dict. loc. n. 3.* Myller. *in Struv. d. exercit. 18. thes. 67.* at è diverso iniquum videtur, si promissor datâ operâ ad eum locum, in quo solutionem promiserat, nunquam accederet, mutuatario autem non foret potestas, promissore alibi con- 2

conveniendi, iniquum, aiunt, videtur, obligationem ſic eludi. Reſp. eam ob rem ex æquitate, contra ſtricti juris ſubtilitatem, definitam eſſe utilem, ſeu idoneam actionem, ut aliô locô moveri poſſit. *l. 1. ff. hic.* vid. allegatos A.A. *loc. citt.*

3 Delineari hæc actio poteſt, quòd ſit perſonalis, rei perſecutoria, ſtricti juris, arbitraria, quâ id, quod certo in loco eſt ſolvendum, alio in locô, facta commemoratione loci ad ſolutionem deſtinati, petitur. §. *33. Inſtit. de action. l. 1. & l. 2. ff. hic.* Lautterbach. *eod. ſ. 2.* Strnvius *theſ. 66.* Cauſa remota eſt contractus ſtricti juris, cui certus locus eſt adjectus, proxima eſt obligatio.

4 Dubium in hac actione exardeſcit primum, utrùm facta mentione illius loci, in quo ſolutio eſt promiſſa, reus in quovis locô conveniri queat? Reſp. vel in locô contractûs, vel in locô domicilij ſolummodò. *l. 2. l. 3. ff. de reb. auctorit. Iudic. poſſid.* Donellus *comment. lib. 17. cap. 19.* Struvius *exerc. 18. theſ. 69.* Perez. *in Cod. hic. n. 1.* Nec obſtant textus *in l. 43. ff. de Iudic.* & *l. 16. §. 1. ff. de conſtitut. pecun.* verba enim, *in quocunque loco*, hiſce in textibus contenta non naturaliter, ſed civiliter, & in eo ſenſu ſunt accipienda, ut agi poſſit in quocunque locô *idoneô*, id eſt, in locô domicilij, vel contractûs. Wiſenbach. *ad ff. diſput. 26. theſ. 1. n. 10.* idem reſpondet Struvius *cit. theſ. 69.* ad *l. 17. Cod. de condict. indebit.* & *l. 137. §. 1. ff. de V. O.*

5 Dubium ſuccedit alterum, cujus ſit electio, ſi adjecta eſt locorum disjunctio ſeu alternatio, ex. gr. promiſit Titius mihi centum ſolvere vel Capuæ, vel Epheſi? Reſp. quemadmodum aliàs electio eſt debitoris, *l. plerumque ff. de jur. dot.* ita & hîc ante motam actionem, poſtquam autem actio eſt in judicium deducta, creditoris eſt; *l. 2. §. 3. ff. hic.* ratio eſt manifeſta, cùm aliàs debitor ſemper poſſet provocare ad alium locum, & ita Creditorem ubique eludere, ut eleganter annotat Caſtrenſis *in l. 3. ff. hic.* Brunnem. in *dict. l. 2. ff. hoc tit.* Lautterbach. *eod. theſ. 14.* Struv. *exercit. 18. theſ. 70.*

Dubium eſt 3. quid ſentiendum eô de caſu, quô in locis alternativis res quoque variæ ſub disjunctione debentur, Viennæ verb. gr. 100. aut Monachii dolium vini? Reſp. etiam hîc Creditori electionem eſſe tribuendam; *l. 2. §. 2. ff. hic.* poterit igitur actor Viennæ petere centum, vel Monachij dolium vini, ex ratione, quòd electio loci ad ſe attrahat electionem rerum. Caſtrenſis *ad l. 3. ff. hic. n. ult.* Lautterbach. *eod. theſ. 14.* Perez. *ad Cod. hic n. 6.* Brunnem. *in l. 2. §. 3. ff. hic.* 6

Dubitatur 4. quid dicendum in ea contingentia, quâ plurâ loca conjunctim ſunt appoſita, ex. gr. 7

Augustæ & Francofurti mille dabo? Resp. in hoc casu divisam censeri stipulationem. *l. 2. §. 4. ff. hic*, ibique Castrens. Lautterbach. *thes. 15.* Wisenbach. *thes. fin.* Virtus namque copulativæ est distribuere in partes; exemplum substernit Brunnem. ad *d. l. 2.* quô quis contraxit debitum, fatetúrque se partem acceptæ pecuniæ ad liberandum feudum impendisse; quæstio movebatur, utrùm successores feudi ad expunctionem debiti concurrere cum hæredibus allodialibus debeant? affirmativam decisam esse in Camera Electorali Brandeburgica, attestatur *ibid.* Brunneman.

8 His igitur succinctè præmissis, ad declarationem superius efformatæ definitionis descendendum est. Dictum est, esse *stricti juris*, si enim adjectus sit locus actionibus bonæ fidei, non efficitur arbitraria, hinc si quis emit rem quandam, & pretium in alio loco solvere spopondit, in quocunque loco competenti conveniri poterit, per appositionem namque loci non mutatur qualitas actionum bonæ fidei, *l. 7. ff. hic*, hæ enim ex nativa sua indole in quovis loco moveri possunt, tantúmque potest officium Judicis in actionibus bonæ fidei, quantum in ijs, quæ stricti juris sunt, Clausula arbitrij. Salycet. Castrens. & Brunnem. in *d. l. 7. ff. hoc tit.* Faber *conjectur. lib. 15. cap. 3. n. 4.* Struvius *dict. exercit. 18. thes. 67.* Assertum est 2. esse *arbitrariam*, adversùs rationem enim actionum stricti juris à Prætore clausula addita est, ut liceat Judici ex arbitrio judicare, atque ex æquo & bono excedere quantitatem, à partibus in contractu definitam, eam augendo, vel minuendo, pro ratione ejus, quod interest. Wisenbach *ff. hic n. 5.* hinc probabiliùs omnes actiones stricti Juris per loci adjectionem fieri possunt arbitrariæ, siquidem Rubricæ tam *ff.* quam *Cod.* generaliter loquuntur, ergo & generaliter sunt exaudiendæ. conferatur post Manz. *Instit. dict. loc. n. 13.* Schneidevvinus *eod. n. 17.* & plures relati à Lautterbach. *ff. hoc tit. §. 3.*

Non verò, quemadmodum adjectio loci, ita quoque adjectio temporis actionem facit arbitrariam, cùm ante tempus malè, post lapsum verò temporis semper utiliter agatur, tempus enim inest tempori, & qui debet Calendis Januarij, multò magis debet quoque Calendis Februarij. Bacchov. *in Treutl. vol. 1. disput. 23. thes. 6. Litt. D.* jungatur tam nervosè, quàm prolixè deducens Anton. Faber, *conject. lib. 15. cap. 3. à n. 6.* & quamvis post commissam moram propter interesse ratio temporis habeatur, *l. 4. ff. hic*, *l. 114. ff. de V. O.* inde tamen non protinùs sequitur, actiones fieri arbitrarias. Faber, & Bacchov. *dd. ll.* Lautterbach. *ff. hic §. 6.* & alij relati à Brunnem. *in l. 4. cit.* Ad hoc igitur, ut hæc actio moveri possit, requiritur 1. ut aliquid ex stricti 9

stricti juris conventione verâ vel quasi debeatur, quemadmodum ex stipulatu, *l. 1. & l. 2. ff. hic.* 2. ut solutioni determinatus præfigatur locus, *l. 2. §. 1. ff. eod.* & debitor in eô locô comparere desinat.

10 Hinc facilè patet, quibus hæc actio competat, queîs nimirùm ex contractibus stricti juris certô locô aliquid debetur, his enim datur electio, utrùm actione directâ agere velint in locô conventô, vel arbitrariâ in aliô locô, modò tantum temporis sit elapsum, quô debitor ad solutionis locum pervenire potuerit. *l. 2. §. 6. ff. hic*, cuivis enim conventioni vel promissioni talis tacita inest dilatio, ut ante illam perperam agatur, *l. 137. §. 2. ff. de V. O.* præsertim si promissio sit expressè in diem facta. *l. 43. ff. de judic.*

11 Subjectum passivum constituunt illi, qui ex causâ stricti juris in certô locô quidquam dare promiserunt, nec præstiterunt, *l. unic. Cod. ubi conven. qui &c.* sive studiô, sive casû, ob impedimentum, etsi nulla eorum culpa vel mora intervenerit. *l. 1. ff. hic*, *& ibid.* Brunnem. Lautterbach *§. 8.* quando quis verò in loco solutioni destinato debitum obtulit, aut pecuniam inibi deposuit, præstita cautione à Judice ex æquitate absolvi debet. *l. 4. §. 1. ff. hic.*

12 Objectum efficiunt res, quæ ex stricti juris causis certô in locô solvendæ sunt; quantitas tamen juxta arbitrium æquitatis decrementum & augmentum recipit, ponderatur enim & rei & actoris utilitas; *l. 2. ff. hic.* Videtur equidem in hac actione vix posse assignari casus, quô utilitas rei consideretur, quoniam aut debitor non est in mora, & tunc hæc actio cessat, *dict. l. 2. §. 6. ff. hic*, aut verò est in mora, & sibi tunc debet imputare, quòd legitimo tempore non solverit; hoc tamen non adversante, clarè scribit Ulpianus in *cit. l. 2.* utriusque utilitatem esse considerandam, si enim debitoris intersit eô locô, quô rem dare promisit, potiùs solutionem præstare, quàm in loco institutæ actionis, ratio hujus habenda, & minoris erit condemnandus, quod subjecta dilucidant exempla: Civis Ratisbonensis promisit mihi 500. solvere Erphordiæ, cùm autem solutio ibi facta non sit, eum convenio Ratisbonæ; quoniam verò Erphordiæ deterioris sortis moneta valet, quam in majori quantitate habet debitor, magnum sentiret damnum expendendô eam in locô domicilij, in quo minùs valet. 2. si debitor in loco convento debitum obtulit, aut deposuit, aut aliô justô, & moram purgante impedimento obstante, solvere nequivit, Judex reum absolvere ab interesse, ab actore petito, & in solam contractûs quantitatem condemnare debet, *l 4. §. 1. ff. hic.* vid. Struvius *dict. exerc. 18. thes. 72.* Manz. *in §. 31. instit. de Act.*

n. 16. non solùm autem super interesse damni emergentis, sed & lucri cessantis habetur ratio. *l. 2. §. fin. & l. fin. ff. hic.* Lautterbach. *eod.* §. *10.* Widmont *ff. hic n. 36.*

13 An verò idem sit asserendum de fidejussore, quod de reo principali, dubium est non leve; dubitandi ratio desumitur ex *l. centum Capuæ ff. hic*, ubi Africanus Casum ponit, & resolvit: quidam centum Capuæ solvere promisit, dato fidejussore, sed Capuæ non solvit, hinc creditor alibi fidejussorem actione ex stipulatu pulsat, quæstio est, an fidejussor possit condemnari vi obligationis accessoriæ ad interesse, quemadmodum reus principalis? Negat cit. ICtus in verb. *quòd fortè per reum steterit, quò minùs tota centum Capuæ solverentur*, obligationem fidejussoris augeri, quemadmodum enim obligatio fidejussoris est stricti Juris, ita mora rei eam non auget; nec negotium facessit, quòd mora rei soleat nocere fidejussori, *l. 24. ff. de usur. l. 49. l. 88. ff. de V. O. l. 58. §. 1. ff. de fidejuss.* nocet enim in ordine ad perpetuandam, non verò ad augendam obligationem, ut disertè docet Paulus in *cit. l. 58. §. 1. ff. de fidejuss.* Struv. *cit. exercit. 18. thes. 73.* Wisenbach. *ad ff. disput. 26. n. 15.* Widmont. *ff. hic n. 45.* nisi in omnem causam fidejussisset, vel ipse in mora fuerit. *l. 5. Cod. de pact. int. empt. & vendit. l. 10. Cod. de fidejuss. l. 54. ff. locat.* etsi autem hæc actio sit arbitraria, unica tamen interponitur sententia, cùm non ad restituendum, sed condemnandum collimet, quemadmodum expositum in *præliminar. de action. arbitrar.*

ACTIO
De constituta pecunia.
SUMMARIUM.

1. *Quæ sit inter actionem de* constituto, *&* receptitiam *differentia?*
2. *Quid* sit constitutum.
3. *Qui possint* constituere, *& quibus?*
4. *Quæ res in* constitutum *deduci possint?*
5. *Quæ sit forma* constituti.
6. *Describitur actio de* constituta pecunia, *& quibus detur.*
7. *Quænam res in hanc actionem veniant.*

De-

1 Decima tertia est Actio de *constituta pecuniâ*, ex Edicto Prætoris cum antiquâ Actione receptitiâ confusa; utraque equidem ex constitutâ pecuniâ dabatur, in eo tamen distabant, quòd Actio receptitia solummodò adversùs argentarium, de constituta verò pecunia adversùs omnes constituentes porrigeretur; 2. actio receptitia res omnes, actio verò de constitutâ pecuniâ solùm persequebatur res fungibiles, seu quæ functionem recipiunt. *l. 2. Cod. de constitut. pecun.* Hodie obsoleta est actio *receptitia*, atque in actionem *de constitutâ pecuniâ* transfusa. vide Brunneman. *in dict. l. 2.* & alios relatos ab Hartprecht. *in §. 9. Instit. de Action.*

2 Describitur autem *constitutum* in *§. 9. Instit. de Action.* esse pactum, quô quis promittit se soluturum, quod ipse, vel alius debet. Constitutum ergo obligatorium ad pacta legitima est referendum, nec enim, quemadmodum plurimi arbitrantur, ratio dandæ actionis est geminatio pacti, quoniam, qui promittit, quod alius debet, obstringitur ex constituto, & tamen pactum non geminat, ergo geminatio hujus actionis causa haud esse potest, sed agnitio atque reflexio præcedentis debiti. *l. 18. §. 1. ff. de constit. pecun.* Wisenbach *ad Pandect. disput. 45. thes. 22. n. 36.* Bacchov. *in tractat. de action. disput. 8. thes. 3.* Donellus *in §. 9. Instit. de Action.* Perez. *in Cod. de constitut. pecun. n. 2.*

Constituere possunt omnes, qui speciali jure non repelluntur; inter prohibitos reperiuntur pupilli, minores, furiosi, prodigi, absque tutorum & curatorum suorum auctoritate. Caspar. Manz. *in §. 9. Instit. de Action.* Antonius Perez *in Cod. dict. tit.* Constitui potest creditori, cui quis est obligatus, hinc ut validum exsurgat constitutum, duo sunt requisita; primum est, ut constituatur creditori, aliàs nulla enascitur obligatio, pactum enim hoc constitutorium præcedens supponit debitum, quod uni debetur, respectu alterius verò est indebitum; *l. 65. §. fin. ff. de condict. indebit.* 2. exigitur, ut obligatio ipsi creditori, non tertio cuidam acquiratur, *l. 5. §. fin. l. 6. ff. de constit. pecun.* si enim mihi constituas, te soluturum creditori Sempronio, nulla exsurgit obligatio: in terminis Ulpianus in *dict. l. 5. §. 5. ff. eod.* ratio est, quoniam inspecto jure civili regulariter per liberam personam alteri non quæritur obligatio. *§. 4. & 19. ff. de inutil. stipul.* vide tamen, quæ eleganter notat Clarissimus D. Franz *Instit. lib 4. tit. 6. part. 13. sect. 1. n. 6.* ubi passim movetur quæstio, num tertio solutioni adjecto in constitutô solvi cum effectu queat? Distinguit post Struvium *Syntagm. jur. civil. exercit. 18. thes. 78.* Lauterbach *ff. de constit. pecun. §. 7.* Bacchov. *in Treutler. vol. 1. disput. 23. thes. 11. litt. B.* vel enim tertius fuit solutioni adjectus in præcedenti debito, 3

e. g. in stipulatione, & hoc casu ei facta solutio plenam tribuit liberationem: *l. 7. §. unic. ff. de constit. pecun.* vel in præcedenti nullus erat adjectus, sed primùm in constituto, & tunc, si ei fiat solutio, solventi sola nascitur exceptio; consulantur adducti DD. *in cit. loc.* inter quos Bacchovius *allegat. thes. 11. litt. B.* asserit, quòd eo casu, quô mihi aut Titio decem sum stipulatus, debitor verò postea constituit se mihi soluturum, solutione Titio factâ, debitor equidem liberetur, sed solùm ope exceptionis, *l. 8. ff. de constit. pecun.* rationem reddit, quòd Titius constituto non adjectus, nec stipulatio per constitutum novata, adeóque juxta formam stipulationis sit facta solutio.

4 Porrò objectum constituti est præcedens debitum, *l. 2. ff. de constit. pecun.* & quidem tam proprium, quàm alienum, tam naturale & Civile simul, quàm naturale tantùm. Nec refragatur, quòd naturale & Civile simul per se sat firmum, & efficax sit ad producendam actioem; quia ob qualitatem commodioris loci, temporis, vel monetæ constitutum ulteriorem sortitur utilitatem, quin etiàm in eo, quòd plura remedia actori subministret. Schneidevvin. Manz & alij *in §. 9. Instit. de Action* Quemadmodum verò debitum naturale & Civile simul in constitutum deduci potest, ita non minùs debitum naturale tantùm, si sit perfectum, & à jure Civili non improbatum, quod enim lex reprobat, Prætor approbare nequit: indebita autem taliter improbata refertur, quòd ex intercessione mulierum exsurgit. *l. 16. in fin. ff. ad SCt. Vellei.* si autem est debitum imperfectum, & ex nudâ honestate exortum, constitui non potest, cùm de jure exigi nequeat, Lauterbach *ff. de constit. pecun. §. 9.* Anton. Perez. *Cod. eod. n. 3. in fin.* adeóque antidoralis solùm obligatio huc non pertinet. Debitum merè civile, si efficax est, non minùs ac priora constitui potest, quale est, quod consurgit ex iniquâ sententiâ condemnatoriâ; *l. 60. ff. de condict. indebit.* si autem sit inefficax, constitutum non sortitur effectum, *l. 3. §. 1. ff. de constitut. pecun.* hinc debitum ex contractu chyrographario, vel negotiò gravi metu inito exortum constitui non potest. David Mævius *part. 2. decis. 25.* & plures ibi relati, addatur Zœsius *ff. de constit. pecun. n. 10.* Anton. Perez *Cod. eod. n. 7.*

Constitutum hoc obligatorium fieri potest 1. purè, & tunc mox Actio moveri potest, ad solutionem præstandam tamen spatium decem dierum à jure indulgetur. *l. 21. §. 1. ff. de constitut. pecun.* Lauterbach. *ff. eod. §. 12.* Perez *in Cod. dict. tit. n. 9.* 2. constitui potest in diem, quô collimat text. in *l. 16. §. 1. ff. de constit. pecun.* primarius enim constituti finis est, ut Creditor de tempore faciendæ solutionis securus sit. 3. constitutum fieri potest sub conditione, de qua notandum, quòd, 5

sit sub conditione promissum purè constituatur, tali constituto eadem conditio inesse censeatur, quæ debito principali inhæsit, *l. 19. ff. eod.* ratio est, quoniam debitum conditionatum ante eventum conditionis non est verum debitum, *l. 45. §. 2. ff. de legat. 1. l. 213. ff. de V. S.* quod haud dubiè hodiernis moribus, de quibus ex pacto nudo oritur actio, non ampliùs obtinet, cùm ex pacto novo efficaciter teneatur. Brunneman. *in l. 19. ff. de constit. pecun.*

6 Effectus hujus constituti est Actio *de constituta pecun.â*, quæ est personalis, prætoria, stricti juris, rei persecutoria, perpetua, §. *9. Instit. de Action. l. 18. §. 2. ff. de pecun. constit. l. 35. ff. de O. & A.* causa ejus remota est constitutum, proxima est obligatio. Directa datur illis, queîs aliquid per constitutum est promissum, & eorum hæredibus, *l. 2. Cod. de constit. pecun.* utilis verò competit pupillis & adolescentibus, ac communitatibus, quorum tutoribus, Curatoribus, Syndicis, & Administratoribus est constitutum. *l. 5. §. 9. ff. eod.* Porrigitur adversùs constituentes, & eorum hæredes, *l. 1. & l. 2. Cod. dict. tit.* si plures sint, singuli obstringuntur in solidum, habent tamen beneficium divisionis, *l. fin. Cod. de constit. pecun.* nisi se simul constituerint correos, *l. 16. ff. eod.* cui citata *l. fin.* non derogavit, nec *Novella 99. cap. 1.* ex ratione, quia hæc ultima Constitutio non de quibusvis intelligenda est correis, sed de illis solùm, qui mutuâ vice fidejusserunt; aliud tamen consuetudo & mores introduxêre, de quibus ad omnes correos beneficium divisionis est porrectum, teste Carpzov. *part. 2. constit. 17. definit. 13.* Bacchov. *in Treutler. vol. 2. disput. 27. thes. fin. litt. E.* Brunneman. *in Authent. hoc ita Cod. de duob. reis. &c.* Perez. *eod. n. 14.*

Objectum hujus actionis constituunt res omnes, sive sint mobiles, sive immobiles, fungibiles, vel non fungibiles, accipitur enim *pecunia* hic in sensu latissimo, *l. 2. §. 1. Cod. de constit. pecun.* quatenùs omnes complectitur res, quin nec facta excludit. *l. 14. §. 1. & 2. l. 16. §. 2. ff. de pecun. constit.* Qui pro alio obligato constituit, conformiter antedictis gaudebit beneficiô excussionis, argt. *Novell. 4. cap. 1.* quamvis enim illa constitutio solùm loquatur de fidejussoribus, ob rationis tamen identitatem ad constitutores quoque protenditur, cùm & hi pro alijs intercedant. *l. 1. §. 1. ff. l. fin. Cod. de constit. pecun.* Perez. *eod. n. 14.* Carpzov. *part. 2. constit. 18. defin. 2.* Mævius *part. 1. decis. 229.* si durationem consideres, hæc actio est perpetua, cùm sit rei persecutoria, & ex conventione defluens. 7

ACTIO

ACTIO
Commodati directa.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Actio Commodati directa?*
2. *Quibus, & adversus quos detur?*
3. *Quomodo conveniantur plures rei individuæ Commodatarij?*
4. *Objectum hujus Actionis.*
5. *Cujus temporis æstimatio in Commodati Actione observari debeat, si res perijt?*
6. *Distinctio inter varios tenenda contractus.*
7. *Quid, si res à Commodatario per nuntium fuit remissa?*
8. *Qualis negligentia, & culpa spectanda sit in Commodato?*

1 DEcima quarta est Actio Commodati directa, quæ est Actio personalis, Civilis, bonæ fidei, rei persecutoria, competens commodanti, ejúsque Hæredibus, adversùs commodatarium & ejus Hæredes, ad rem commodatam in specie restituendam. *arg. text. in §. 2. quibus mod. re contrah. Oblig. l. 17. §. 3. ff. commodat.* Causa ejus remota est Commodatum, proxima inde profluens obligatio. Oldendorp. *Class. 4. Act. 15. n. 3.*

2 Subjectum tam Activum, quàm passivum ex ipsa descriptione liquet. Competit enim commodanti, & ejus hæredibus: nec refert, an ille mala fide, rémque alienam commodârit, aut bona fide rem propriam, *l. 1. & l. commodare ff. commodati.* non enim qualitas personæ, sed beneficium Commodati hoc in passu attenditur. Conceditur adversùs commodatarium, & ejus hæredes pro rata, & portione hæreditaria, *l. 3. §. 3. & l. 21. §. 1. ff. commod.* secus autem, si unus ex illis rem solus possideat, ac per consequens habeat facultatem restituendi, tunc enim solus potest conveniri, aut saltem ad restitutionem condemnari. *dict. l. 3. §. 3. ff. eodem.* Quod procedit secundò eo casu, quando ex proprio facto hæres Actione commodati convenitur. *l. 17. §. 2. ff. eodem.* Tertiò non minùs tunc, quando commodans pluribus rem commodavit, & eorum fidem in solidum secutus est, adversùs singulos, utpote correos debendi competit, eo tamen moderamine, ut uno solvente, reliqui liberentur. *l. 5. §. fin. ff. commodati.*

3 Dubium est primò, cujus temporis æstimatio rei in commodatum datæ observari debeat? circa cujus resolutionem à variarum rerum objecto varia quoque distinctio exigitur

igitur: si enim sit res, quæ in genere restitui, quemadmodum in mutuo, non potest, sed loco ejus æstimatio præstari debet, tunc est observandum, an tempus vel locus æstimationis in contractu expressus sit: eo casu æstimatio loci, vel temporis observatur, quæ fuit in contractu determinata *l. vinum 22. ff. de Rebus credit.* & si tempus, quo restitui deberet, præterlapsum sit, debitor autem in tali re restituenda moram committat, Judex æstimationis auctæ, quanti unquam sub tempore moræ fuit, rationem habere debet *per textus in l. 37. ff. mandat. l. 8. §. 1. ff. de Condict. furtiv. l. 3. ff. de Usur. &c.* in alio autem, & casu diverso, quo nulla & temporis, & loci æstimatio facta est, indistinctè attenditur æstimatio illius loci, & temporis, quo res petitur, & litis contestatio fit. allegat. *l. vinum. 22 ff. de Rebus credit. l. fin. ff. de condict. trit. dict. l. 37. ff. mandati.* quemadmodum supra *in condict. cert. ex mutuo* pluribus est assertum.

6 In alijs autem contractibus, ubi æstimatio rei, vel speciei deterioratæ, vel omnino peremptæ præstanda est, tenet Hartprecht. *Instit. quibus modis re contrah. oblig. n. 63.* semper esse spectandum tempus contractûs. Mihi tamen necessum esse videtur, hanc rem uberiùs exponere, & quidem vel locus, aut dies est contractui adjectus, quo res dari, seu restitui debet, & in hoc casu indistinctè æstimatio illius loci, vel temporis consideratur: quòdsi tamen debitor convento tempore, aut loco non restituat, & res, seu species perijt, debet haberi ratio aucti pretij, & fieri æstimatio, quanti plurimi unquam post commissam moram res valuit *l. 3. & final. ff. de Condict. tritic. l. 37. ff. mandati.* Struv. *Syntagm. Iur. Civil. exercit. 18. thes. 64.* Colleg. Argent. *ad tit. ff. de Action. tritic. n. 4.* Si autem nec tempus, nec locus contractui insertus est, & species deteriorata adhuc exstat, æstimatio temporis, quo litis contestatio fit, attenditur, nisi judicium accipienti mora imputari possit per susceptionem Judicij *dicta l. 3. ff. de Condict. triticar.* in ultimo enim hoc casu æstimatio ad tempus condemnationis referri debet, sicut Colleg. Argent. & Struvius *dict. loc.* tenent: si autem species non ampliùs exstat, non potest spectari tempus condemnationis, sed tunc spectatur tempus mortis, *dict. l. 3. ff. eodem*, ità tamen, ut non novissimum tempus vitæ, sed proximum mortis consideretur, per rationem in dict. textu allatam, *ne ad exiguum pretium æstimatio redigatur.* Datur hæc Actio quoque, si commodatarius re commodatâ contra conventionem contractui insertam utitur. *l. 2. Cod. commodat.*

Dubium est secundò, an commodatarius liberetur, si rem commo- 7

 mo-

modatam per nuntium remisit, nuntius autem spoliatus est, vel ipse cum re auffugit. Omissis aliorum distinctionibus, Respondeo, si nulla ei potest imputari culpa, etiam levissima, eum liberari, quoniam quævis res perit suo domino *l. 9. Cod. de pignorat. Act. l. 59. ff. locati.* Lautterbach. *in Tract. de Nuncio thes. 55.* culpâ autem carere censetur, quando rem commodatam per talem personam remisit, cui nulla mali suspicio insidet, & quem commodans ipse in similibus negotijs adhibere solitus est, *l. si mei causa §. 1. & l. argum. ff. commodati.* videantur plura apud Hartprecht *dicto loco n. 43.* Wisenbach. *ad ff. disp. 27. thes. 14.*

8 Dubium est tertiò, qualis igitur culpa à commodatario præstetur. Quo passu ex generali regula constat, eum de omni culpa, etiam levissima teneri, cùm ejus solummodo gratiâ commodatum contrahatur *l. si ut certo §. 2. l. 18. ff. commodati.* videantur plura apud Struv. *Syntag. Iur. civil. exercit. 19. à thes. 21.* nisi commodatum sit specialiter in gratiam utriúsque celebratum, tunc enim levis tantùm culpa præstatur *l. in rebus ff. commodati*, in verbis, *at si utriusque, veluti si communem amicum ad cœnã invitavimus* &c. ubi singulariter est advertendum, casum fortuitum regulariter non præstari *dict. l. si ut certo §. 4. & l. in Rebus. in principio ff. eodem.* nisi certis quibusdam casibus, nempe si commodatarius casus fortuitos, & omne periculum in se recepit, *l. 1. Cod. de commodato.* Secundò si culpa à commodatario præstanda casum fortuitum præcessit *l. 5. §. 4. & 7. & l. 18. ff. eodem.* aut tertiò nisi mora ipsius commodatarij commissa & postea casus fortuitus secutus sit. *cap. un. extra de commodato.* Et denique quartò si commodatum solius commodatarij gratiâ fuerit celebratum, & res æstimatò data fuerit. *l. 5. §. 3. ff. commodat.*

Circa tempus, quo hæc Actio durat, non est dubitandum, illa enim civilis & rei persecutoria, adeóque secundùm sæpius adducta perpetua est.

ACTIO

Commodati contraria.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Actio contraria?*
2. *Ad quid hæc Actio detur?*
3. *An in Commodato habeat locum jus Compensationis?*
4. *Proponitur Sententia D. Woller.*

1 IN Decimum quintum locum ſuccedit Actio commodati contraria, quemadmodum enim commodanti adversùs commodatarium ad repetendam rem commodatam competit Actio directa, ità non minùs commodatario pro ſervanda indemnitate rei commodatæ adversùs commodantem datur Actio, quæ vocatur contraria, definitúrque, quòd ſit Actio perſonalis, Civilis, rei perſecutoria, bonæ fidei, quæ competit Commodatario adversùs commodantem pro expenſis in re commodata factis, ſeu ejus nomine damno accepto reſarciendo, *per l. 17. §. 7. ff. Commodati*. Cauſa ejus tam remota quàm proxima eſt eadem, quæ actionis directæ.

2 Datur Commodatario & ejus hæredibus, adversùs commodantem & ejus pariter hæredes, ſicut mox in deſcriptione mentio facta eſt, Primò ut res ad uſum, per contractum determinatum, commodatario indulgeatur, & intempeſtivè non revocetur *dict. l. 17. §. 3. ff. Commodati*, niſi ipſe commodans repentina neceſſitate ductus re commmodata indigeat. Secundò ſi commodans ſciens rem vitioſam commodatario præſtitit, ex qua damnum contigit, ſicut equum calcitroſum, ſeu vaſa vitioſa *l. in rebus §. 3. & l. ſi Servus ff. commodati*: Commodans enim juxta communem regulam præſtat dolum, & latam culpam, ac propterea damnum exinde ortum compenſare tenetur. Tertiò competit ad repetendas extraordinarias, & majores expenſas in rem commodatam neceſſitate factas *dict. l. in rebus §. 3. ff. eodem*. Cibaria enim, & modica impendia commodatarius ſuſtinere debet *dict. §. 3.* dixi *impenſas neceſſitate factas*, de utilibus enim diſpicienda eſt *l. 25. ff. de Pignorat. act.* quæ lex à Judice ſingulari circumſtantiarum moderamine obſervanda eſt, per ea, quæ ibi monet Bruneman. Quarto ſibi locum vendicat hoc contrarium Judicium eo caſu, quo commodatarius rem perdidit, & propterea ejus nomine æſtimationem præſtitit, exinde verò res caſu in poteſtatem commodantis redacta eſt, ad hoc ut commodans vel rem, vel æſtimationem reddat. *l. 17. §. ult. & l. 21. eodem.* quod autem hac Actione, id etiam jure retentionis, ſeu penſationis conſequi poſſumus *l. in rebus §. fin. ff. hic.* cui adſtipulatur *l. 15. §. ult. & l. 59. ff. de furt.*

Dixi *Jure penſationis*, ſeu compenſationis. Unde dubium eſt ultimò, an compenſatio Actioni commodati opponi poſſit? quo loco tamen meum non eſt, hanc quæſtionem per rationes dubitandi, & decidendi deducere, quales videri poſſunt apud Hunnium *variar. reſolut. lib. 3. tract. 3. part. 3. quæſt. 4.* quo in paſſu negativam Sententiam omni ſtudio propugnat Hartprecht *in §. 2. Inſtit quibus* 3

bus modis re contrahitur Oblig. n. 52. Sed mihi ſufficit textus in *l. ult. Cod. de Compenſat. & §. in bonæ fidei Inſt. de Act.* in quibus Imperator ipſe regulam præſcribit, quòd compenſatio in omnibus actionibus tam realibus, quam perſonalibus, non minùs in bonæ fidei, ac ſtricti juris locum obtineat, exceptâ ſolùm Actione depoſiti, quæ exceptio firmat regulam in non exceptis: nullibi enimvero ab his excepta invenitur Actio commodati, ergo non ſecùs, ac in alijs actionibus in ea opponi poterit compenſatio. Quapropter DD. plerúmq; in eam concordant Sententiam, quòd compenſatio in actionibus realibus, & alijs, in quibus certa debetur ſpecies, eo caſu locum obtineat, quo ſpecies amiſſa, ſeu perempta eſt, atque loco illius æſtimatio præſtatur, ſicut contigit *in l. 68 ff. de Rei vind.* Videantur poſt alios Bruneman & Schneidevvin in *dicta l. ult. Cod. de Compenſation.*

4 Tametſi autem hæc Sententia communiter ſtabiliatur, contrariáque, quòd nimirum in illis Actionibus, ubi debetur ſpecies, omnino rejecta eſſe cenſeatur; nihilominus putat noviſſimè Clariſſ. D. Woller in *Tract. de compenſat: cap. 3. à n. 81.* poſſe poni terminos ſtabiles, in quibus etiam eo caſu, quo debetur ſpecies, ipſa compenſatio locum obtineat, quod ex figuratione caſûs ſequentis liquet, *promiſiſti mihi per ſtipulationem* Bucephalum, *quem tamen mihi non exhibes, ego interim à Sempronio acquiro, ità, ut hæc omnia bona fide agantur, quamvis* Bucephalus *nec tuus, nec Sempronij ſit, ſed Caij, qui paulò poſt moriens te hæredem inſtituit, proindéque etiam exiſtens dominium Bucephali ad te tranſit, tu itáque jure dominij eundem à me vindicas Actione reali* (idem eſt dicendum, ſi actione Commodati) *hoc caſu meritò tibi objicio, te ipſum eundem Bucephalum ex ſtipulatu mihi debere.* Tametſi hæc aſſertio magnam ingenij perſpicacitatem redolere videatur, ſpectata tamen origine, & fundamentis compenſationis, apparet, non modo duo debita, ſed etiam duas res diſtinctas ad veram compenſationem depoſci; quidquid ſpecioſitatis obtineat hæc opinio, eam in cenſuram educere non lubet, veram enim compenſationem, ſeu quæ ipſo jure fit ſaltem generis ad genus, etiam in rei vindicatione contingere poſſe vix & ego dubito: ponamus enim: centum floreni mei ad Sempronium per errorem delati ſunt, qui vindicationi ſubjecti hactenus penes iſtum exiſtunt (conſtat enim & res fungibiles vindicari poſſe *§. 2. Inſt. quibus alienare licet*) quid ſi ego fortè Sempronio centum v. g. ex mutuo ſolvere debuiſſem, in quo caſu ipſo jure Sempronium à vindicatione liberatum eſſe arbitror. *cit.* D. Woller *in Tract. de compenſat. dict. capit. 3. à n. 81.* ad quem plura cupientem remitto. Cæterùm quemadmodum aliæ Actiones rei perſecutoriæ, & qui-

quidem bonæ fidei perpetuæ ſunt, ita non minùs hæc ad exemplum directæ, cujus naturam cæteris paribus imitatur, perpetuò durat.

ACTIO

Pignoratitia directa.

SUMMARIUM.

1. *Deſcribitur Actio pignoratitia.*
2. *Quando hæc Actio naſcatur?*
3. *Quibus hæc Actio competat, & adversùs quos?*
4. *Objectum hujus Actionis.*
5. *An etiam perſequatur Hypothecam?*
6. *An huic Actioni præſcribi poſſit?*
7. *An ſaltem de rigore Juris Civilis?*

1 DEcima ſexta eſt Actio pignoratitia directa, quæ definiri poteſt, quòd ſit Actio civilis, perſonalis, rei perſecutoria, bonæ fidei, competens illi, qui pignus dedit, ejúsque hæredibus, adversùs creditorem, ejúsque hæredes, ad rem oppignoratam, ſoluto pignoris vinculo, reſtituendam, *argum.* §. *final. Inſt. quibus modis re &c. & l. ult. ff. de Pignorat. Action.* Cauſa ejus remota eſt contractus pignoratitius, proxima autem ſoluto debito reſtituendi obligatio, ubi notanter adverte, nomen pignoris ſubinde uſurpari pro re in ſecuritatem debiti tradita, *dict.* §. *ult. Inſt. eodem.* ſubinde pro ipſo jure in ſecuritatem debiti conſtituto, *l. 26. ff. de Pignorat. Action.* ſubinde denique accipitur pro ipſo contractu, ut apertè liquet *ex l. 1.* §. *4. ff. de pactis, & l. 5.* §. *2. ff. commodat.*

2 Quo loco dubium eſt, an hæc Actio ad inſtar aliarum Actionum mox poſt celebratum, & abſolutum contractum naſcatur? an verò primùm poſt expunctum debitum? quod poſterius evincere videtur *l. ſi rem alienam* §. *omnis pecunia ff. de pignorat. Action. & l. Julianus 13.* §. *offerri pretium ff. de Action. empt.* quibus tamen non remorantibus, placet aſſerere, Actionem ſtatim, ut contractus celebratus eſt, naſci partim *per l. 1.* §. *creditor ff. de Oblig. & Action.* partim etiam, quòd ad nativitatem Actionis ſufficiat facultas aliquid exigendi, tametſi actu inſtitui non poſſit, poſita enim cauſa nullo impedimento reſtricta, effectus ponitur. Conſulatur poſt Lauterbach. *ad tit. de Pignorat. Action. theſ. 14.* Prænobilis ac Clariſſimus D. Baſſus, in Sanderſtorff & Mendorff: *in*

ſuis Prælect. Acad. Cod. ad eundem tit. Nec refragantur in contrarium *allegati textus*, commodè enim ſubaudiri poſſunt, eam natam non eſſe quoad executionem, ſeu effectum exactionis, non autem quoad originem ſuam.

3 Porrò hæc Actio datur illi, qui pignus tradidit, ejúsque Hæredibus *l. ult. Cod. ſi pignus vendit.* Utilis tamen & illi conceditur, qui rem alienam pignori dederat, atque debitum ſolvit, per textum apertum *in l. ſi rem §. 13. ff. de Pignorat. Action.* Emphyteutæ, ſuperficiario, *l. 16. §. ult. ff. de Pignorat. Action.* item Curatori, aut tutori *l. ſolut. §. ult. ff. eodem.* Circa ſubjectum paſſivum advertendum, eam dari adverſùs creditorem, qui poſt factam legitimè ſolutionem pignus abſque cauſa detinet, *dicta l. ult. Cod. dicto tit.* itidem adverſùs illum, qui accepit pignus, pecuniam autem, cujus intuitu pignus eſt traditum, non numeravit. Oldendorp. *Claſſ. 3. act. 12. n. 3.* Tertiò denique conceditur contra creditorem, qui pignus majori pretio diſtraxit, quàm quantitas debiti erat, ut reſiduum reſtituat. *l. eleganter §. ſi vendiderit ff. de Pignorat. act.* Quartò adverſùs Tutorem, Curatorem, procuratorem pignora accipientes, ſaltem ſpectatâ antiquâ ratione juris, quo per extraneam perſonam obligatio acquiri non poterat *l. 11. §. 6. ff. pignorat. Action.* Colleg. Argentor. *eodem n. 8.* Cui autem, & quomodo ſolutio fieri debeat, ut pignus repeti poſſit, *vide l. 11. ff. de pignorat. Action. & ibid.* Brunneman. hæc Actio verò adverſùs tertium poſſeſſorem, veluti creditoris creditorem, nullatenus porrigitur *argum. l. 27. ff. de Pignorat. act. l. 15. ff. eodem.*

Objectum ſunt res pignori datæ, 4
& quidem cum omni causâ, ſeu fructibus reſtituendæ, *l. 2. & 3. Cod. de Pignorat. Action.* ſive deinde res oppignoratæ ſint debitoris propriæ, ſive alienæ: *l. 22. §. 2. ff. de Pignorat. Action.* quoniam creditor quæſtionem dominij debitori referre non poteſt, *per l. ſi rem §. 13. ff. de Pignorat. Act.* Verbo, hæc Actio omnia commoda, quæ occaſione pignoris creditori obveniunt, perſequitur, quinimo & ſi quas Actiones propter creditoris pactum acquiſiviſſet, eas etiam cedere tenetur, *l. ſi eum 13. ff. de Pignorat. act.* Caſu autem, quo res pignori datæ dolo, culpâ latâ, ſeu levi ipſius Creditoris deterioratæ, ſeu omnino perierint, damnum ſeu omnem æſtimationem reſarcire tenetur, *§. 4. Inſtit. quibus modis re contrah. Oblig. l. 3. l. qui rationis 30. ff. de Pignorat. act.* ſecus ſi culpâ leviſſimâ, aut caſu fortuitô quidquam contigit, niſi aliud inter contrahentes pacto interpoſito deciſum ſit.

Dubium eſt primò, an etiam eo 5
caſu locum habeat hæc Actio, quo non pignus propriè dictum, ſed rei hypothecatæ poſſeſſio in creditorem translata eſt, quod dubium clarè reſolutum mihi videtur *per l. utique*

tique 34. ff. de Dam. infect. ubi locator res, in ædes conductas ab inquilino illatas pro pensione præteritâ retinuerat, quæ postea ruinâ vicinæ domûs oppressæ, & destructæ erant, quarum nomine locator, seu retentor Actione pignoratitiâ tenetur, si in tutiorem locum transferre poterat.

6 Dubium est secundò, quamdiu hæc Actio moveri, & an ei præscriptio obstare possit? Status quæstionis non eo versatur casu, quo creditori satisfactum est, in illo enim res clara est, quòd huic Actioni præscriptio obstare possit: sed de illa contingentia controvertitur, qua debitum à debitore non est solutum, & an mox à tempore perfecti contractûs pignoratitij præscriptio currere incipiat. Plurimi hoc in passu tam in veritate theoricâ, quàm de praxi, & moribus tenent, nullam obstare posse præscriptionem. Rationes dantur, quòd luere pignus sit Actus meræ facultatis, quibus nulla opponitur præscriptio, & quod Actioni, quæ non est nata, neutiquam præscribi possit; quòd autem ea nata non sit, desumitur *ex l. in rem §. omni pecunia ff. de Pignorat. Action.* Tertiò ajunt esse notoriam regulam Juris, quòd non valenti agere non currat præscriptio, *per l. notissimi 7. §. 4. Cod. de Præscript. 30. vel 40. ann. l. 1. §. 2. Cod. de Annal. except.* quandoquidem ergo debitor ante solutionem adversùs creditorem ad repetendum pignus agere non potest, nec ei præscriptio objicit poterit. Tametsi spectato hodierno jure, & quidem dispositione Juris Canonici, hæc Sententia non quidem ex datis rationibus, utpote minùs momentosis, sed ex defectu bonæ fidei locum habeat, quam Sententiam in similibus casibus à Camerâ Imperiali justè receptam esse testantur Gaill. *l. 2. Observ. 18.* & Mynsing. *cent. 1. Observ. 16.*

Abstrahendo tamen à dispositione Juris Canonici, & moribus inolita Sententia, insistendóque vestigijs Juris Civilis, arbitror omnino procedere præscriptionem triginta annorum. Ratio est, quoniam omne jus spatio 30. vel 40. annorum tollitur per *l. 1. §. 1. Cod. de Annal. Except.* Nihil autem obstat Actioni pignoratitiæ, seu iuri luendi pignoris, quoniam rationes pro Sententiâ contrariâ allatæ (quemadmodum priùs est mentio facta) tanti momenti non sunt, ut quid singulare in hac actione evincant. Circa primum enim negatur, esse actus meræ facultatis propriè dictos, & in quibus nulla currit præscriptio: quamquam enim quandam speciem, ac similitudinem actuum meræ facultatis obtineant, tales tamen, qui præscriptionem respuunt, non sunt, continent enim jus deducibile in judicium, & actionem sibi annexam, *argum. l. sicut & l. omnes Cod. de Præscript. 30. vel. 40. ann.* Cravetta *de Antiquit. temp. part. 4. rubr. circa præmissa.* Covar. *lib. 1. variar. resolut. cap. 9.* Menoch. *Consil. 201. n. 61.* Ad se-

ſecundum jam ſuperiùs fuit reſponſum ad textum *l. ſi rem §. omnis ff. de Pignor. Act.* tertia autem ratio non ſimpliciter absque diſtinctionis fœdere acceptanda eſt, ſi enim impedimentum facti, quo minùs agere poſſit, interijcitur, præſcriptio nullo modo impeditur, eſſe autem in hoc caſu impedimentum facti conſtat, ſi namque debitor debitum expungit, & creditori ſatisfacit, poterit petere pignus, quæ omnia in facto conſiſtunt, nihilque obſtat, quo minùs præſcriptio curſum ſuum abſolvat, per ea, quæ tradit Carpz. *part. 2. conſt. 5. definit. 6.* Hartman. Piſtor. *parte 2. quæſt. 8.* qui concorditer aſſentiuntur, obſtante impedimento, ſeu obſtaculo Juris, quo minûs quis agere poſſit, nullam currere præſcriptioné, ſecus eſſe, ſi facto, & quidem proprio impediatur. Cravett. *de Antiq. tempor. in Rubr. materiar. n. 68.* quæ circa hujus Actionis tempus dicta ſufficiant.

ACTIO

Pignoratitia contraria.

SUMMARIUM.

1. *Quid ſit Actio pignoratitia contraria?*
2. *Quid perſequatur, & quotuplici modo illud contingat?*
3. *Quales expenſas perſequatur?*

1 DEcima ſeptima ſeu Actio pignoratitia contraria eſt ſimiliter Actio perſonalis, rei perſecutoria, bonæ fidei, perpetua, conceſſa creditori, adversùs debitorem, ad indemnitatem pignoris nomine conſequendam, argum. *l. ſi debitor. 2. & l. tutor 16. §. contrariam ff. de Pignorat. Action.* quemadmodum exinde etiam patet, quæ ſit ejus cauſa remota, nempe contractus, & proxima itidem obligatio, ità etiam liquet, cui & adversùs quem porrigatur. Datur nimirum creditori, & ejus hæredibus, adversùs debitorem, & ejus hæredes.

Objectum illius in genere eſt indemnitas nomine pignoris conſequenda, ſive, ut rem apertiùs habeas, datur hæc Actio ad id, quod creditori ex cauſa pignoris abeſt, tametſi ſolvendo ſit debitor, per textum litteralem *in l. cum debitore 32. ff. de Pignorat. Action.* quod triplici modo contingere poteſt: aut enim 1. res aliena, aut alij obligata, licèt hactenus evicta non ſit, creditori ignoranti, primo debitore ſimiliter inſcio, datur, 2

tur, *l. si rem 9. & l. tutor 16. ff. dict. loco.* casu enim, quo debitor scienter, & studio taceret, non solùm hac Actione pulsari, sed etiam extraordinariè criminis stellionatûs nomine puniri posset. *l. 1. §. fin. & dict. l. 16 §. 1. ff. eodem.* quod ultimum tunc limitationem rursus admittit, si res à sciente debitore obligata tanti est pretij, ut utrique creditori sufficiat. *l. si quis §. sed & ff. de Pignorat. Action.* Secundò Creditori pignoris nomine abest, quando aliquod damnum ex causa pignoris ei illatum fuit, si videlicet servus oppignoratus v. gr. furtum fecit, quale damnum etiam hac Actione resarciendum venit, nisi debitor malit ei servum noxæ relinquere. *l. si servus pignori ff. dicto loco l. 61. ff. de Furt.* Tertiò denique creditori pignoris nomine abest, si impensas necessarias in rem pignoratam fecit, *per l. si necessarias ff. & l. creditor. 7. in fine Cod. de Pignor. Act.* Quanquam autem in simili casu creditor jus retentionis habeat, quando tamen vel res jam est restituta, vel omnino perijt, necessaria erit hæc Actio contraria. Lautterbach. *ad Pandect. tit. de Pignorat. Action. thes. 29.* Colleg. Argent. *eodem n. 17.*

Pro Coronide observa, expensas utiles non nisi expressâ, vel saltem præsumptâ voluntate debitoris factas, hac actione repeti posse *l. si servus 25. ff. de Pignorat. Action.* ubi elegans exemplum proditur, quo nimirum quis servos jam artificijs aliquantulum imbutos oppignoravit, creditor autem eos omnino instruxit, quod ex præsumpta debitoris voluntate admitti videtur, quæ voluntas ex circumstantijs desumi, & Arbitrio Judicis debet permitti. Videatur super hoc puncto Gaill *lib. 2. Observ. 12.* ubi in fine monet. *hoc esse observandum circa præpotentes Hypothecarios, qui dominia possident sub pacto reluitionis, vulgò* die Pfandtschafftinhaber / *res Hypothecatas novis ædificijs ita exornant, ut sumptuum magnitudine dominum à reluitione excludere, sibíque proprietatem dominij retinere satagant.* In cæteris hæc Actio assequitur naturam directæ, & durat perpetuò, sicut aliæ rei persecutoriæ. 3

ACTIO

Exercitoria.

SUMMARIUM.

1. *Actiones aliæ sunt directæ, aliæ obliquæ.*
2. *Quis sit* Exercitor.
3. *Definitur hæc actio.*
4. *Ejus requisita deducuntur.*
5. *Annotatur subjectum activum,*
6. *Et passivum.*
7. *An plures Exercitores teneantur in solidum.*
8. *Exponitur text. in* L. ult. §. penult. ff. naut. caup. stabul. *&c.*
9. *Quando depositô officio Magister obstringatur.*
10. *Subycitur objectum huius actionis.*

1 DEcima octava actio est Exercitoria; constat enim ex alijs Juris principijs, actiones alias esse directas, quæ immediatè & directè in eum collimant, qui contraxit, vel deliquit, alias verò obliquas esse & adjectitias, quæ obliquantur in alium, quàm qui contraxit, vel deliquit; Et stricto quidem jure adversus eum, qui non contraxit, adeò nulla datur actio, ut ne quidem pater pro filio, Dominus pro servo ullâ possit actione pulsari, *tot. tit. Cod. ne fil. pro patr.* &c. res namque inter alios actæ, aliis non possunt præjudicare, *tot. tit. Cod. res int. alios act. &c.* ex fundamentali ratione, quòd per substantes potestati deterior fieri conditio nequeat; *l. melior ff. de R. I.* quoniam verò commoda & impendia ex contractu filijfamilias aut servi patri & Domino accedunt, ex æquitate Prætoria aliquæ actiones in eos obliquatæ, ut etiam incommoda sentiant, Struvius *syntagm. jur. civil. exercit. 20. thes. 5.* quæ ratio quoque ad eos pertingit, qui per extraneas personas negotiantur, videmus enim, terrâ maríque tales personas negotijs alienis esse præfectas, & substitutas, ex quarum contractibus actio resultat in eos, ad quos obventus & reditus devolvuntur. Wisenbach *ff. hic n. 1.*

Has inter actiones, secundùm ordinem in Pandectis adornatum, primum occupat locum Exercitoria, ab Exercitore ita nuncupata: est autem Exercitor, cui tanquam in negotiatione maritima præponenti, omnes reditus navis obveniunt, sive sit Dominus navis, aut ean- 2

eandem à Domino per aversionem conduxerit, vel ad tempus, vel in perpetuum. *l. 1. §. 15. ff. hic.* Lautterbach. *eod.* §. *8.* Struv. *dict. exercit. 20. thes. 9.* vernaculâ voce der: vel si plures navim conjunctim exercent, die Schiff Freundt dicuntur. etsi verò hæc actio duntaxat habeat locum in negotiatione maritima, porrigitur tamen quoque ad flumina navigabilia, ut docet Ulpianus in *l. 1. §. 6. ff. hic.* in verb. *navem accipere debemus, sive marinam, sive fluviatilem, sive in aliquo stagno naviget, sive schedia* (id est, exorbitans navigij genus) *sit.* vid. Manz. *in §. 2. Inst. quod quis cum eo, qui &c. n. 23.* ubi rationem dat, quòd ea, quæ non differunt ratione, nec distent Juris dispositione.

3 Describitur ergo hæc actio passim ab AA. juxta rationem juris, quòd sit actio personalis, rei persecutoria, Prætoria, qualitate aucta, vel obliquata, perpetua, quæ competit contrahentibus cum Magistro, adversùs Exercitorem, ad id, quod juxta naturam contractûs debetur; causa ejus remota seu instrumentalis est contractus cum Magistro secundùm præpositionis formâ initus, proxima est obligatio, hinc subinde est bonæ fidei, subinde stricti juris, prout natura contractûs celebrati diversa est. Manz. *dict. loc. n. 43.* Lautterbach. *ff. hic §. 3.* Clarissimus D. Bonaventura Franz. *Instit. quod cum eo, qui &c. part. 2. n. 2.*

Ad hoc autem, ut hæc actio 4
concedatur, exposcitur 1. ut præcesserit contractus, ex delicto enim Magistri nulla exoritur actio contra Exercitorem, *l. 1. §. 2. ff. hic.* 2. ut cum Magistro, cui tota cura navis est concredita, *l. 1. §. 1. & 3. ff. hic*, aut saltem cum submagistro, quem sibi Magister subordinavit, *cit. l. 1. §. 5. ff. eod.* sit celebratus, quamvis talis substitutio facta sit ignorante, aut omninò prohibente exercitore, Lautterbach. *ff. hic §. 4.* & plures relati à Brunnem. *in dict. l. 1. §. 5.* quod singulariter est receptum in utilitatem navigantium, & favorem contrahentium, ne decipiantur, aliàs enim, ubi munus est de electâ personæ industriâ, suffectio denegatur. *l. 30. ff. de solut. l. unic. §. 9. Cod. de caduc. tollend.* 3. debet iste contractus esse initus de rebus, queîs talis Magister est præpositus, & quidem juxta formam præpositionis, *l. 1. §. 7. l. 12. §. 14. ff. hic.* quæ si est neglecta, exercitor non obstringitur. *l. 1. §. 12. ff. eod.*

Datur ergo hæc actio ei, qui 5
cum Magistro navis per se, vel per alium contraxit, & ejus hæredibus, *l. 4. §. 1. ff. hic.* quin si plures sint exercitores, & unus eorum cum Magistro contraxit, ei quoque concessa est hæc actio, *l. 5. §. ult. ff. hic*, haud tamen de stricto jure, non civili, de quo per Magistrum non quæritur actio, *l. 38. §. 17. l. 126. ff. de V. O.* minùs de

jure Prætorio, quemadmodum probatur ex *l. 1. §. 18. ff. hic*, ubi asseritur, exercitorem non indigere hoc auxiliô Prætoris, eò quòd ex locato vel mandato agere queat.

6 Conceditur in genere adversùs eum, cui omnes obventus, reditus, & utilitates navis obtingunt, etiam adversùs pupillum, qui cum auctoritate tutoris Magistrum præfecit, *l. 1. § 16. ff. hic. l 9 ff. de instit. act.* 2. contra fæminam, *l. 1. §. 16. ff. eod.* 3. adversùs filium, qui Magistrum præfecit, *l. 1. §. 22. ff. eod.* quin quoque contra patrem, si imperio ejus filius Magistrum navi præposuit, *cit. l. 1. §. 19. ff. eod.* porrigitur & adversùs horum hæredes, cùm sit rei persecutoria, atque ex contractu orta. *l. 4. §. ult. ff. hic.*

7 Palmare in hac actione exardescit dubium, utrùm casu, quô plures exercent navem, in solidum omnes obstringantur? Resp. duos esse secernendos casus; primus est, si plures navem exercent per se ipsos, & tunc singuli pro sua parte pulsari possunt actione directâ ex contractu descendente, *l. 4. ff. hic*, nulla quippe habenda est exercitoriæ ratio, cùm deficiat contractus cum Magistro confectus. Secundus est, quo plures per Magistrum navem exercent, & hoc in casu exercitoriâ omnes in solidum tenentur. *l. 1. §. 25. l. 2. l. 4. §. 1. ff. hic.* discedit equidem à fundamentis Juris Romani Hugo Grotius *de jur. bell. & pac. lib. 2. cap. 11. §. 23.* arbitratus, æquitati naturali satisfieri, si singuli exercitores pro portionibus virilibus conveniantur, ne homines absterreantur ab exercitio navium, & negotiatione marina; at non lubet huic opposito inhærere, quemadmodum enim textus sunt aperti, ita non videtur pugnare contra æquitatem naturalem, quoniam, quod unus exercitorum solvit, illud actione pro socio ab altero repetere potest. *l. 3. ff. hic. l. 13. §. 2. l. 14. ff. de instit. act.* videatur prolixiùs hac de re discurrens Clariss. D. Franz. *Inst. lib. 4. tit. 7. §. 4. n. 11.*

Nec obstat textus in *l. ult. §. penult. ff. naut. caup. stabul.* &c. in quo Ulpianus asserit, si plures navem exercent, unumquemq; pro parte, in qua navé exercet, conveniri; sermo ibi namque non est de actione exercitoria, sed de actione in factum, qua obstringuntur nautæ ob delictum ministrorum, illa quippe actio non datur contra plures in solidum, nec enim ratio patitur, ut ex facto & delicto alieno adversùs omnes in solidum detur. Adversùs Magistrum verò Exercitoria non protenditur, sed civilis directa actio, est namque in arbitrio actoris, utrùm velit movere Exercitoriam contra exercitorem, an civilem adversùs Magistrum, *l. 1. §. 17. ff. hic*, hæc quippe actio non tollit civilem, siquidem Prætor solùm actioni civili addidit prætoriam, atque contrahentibus 8

tibus cum Magistro pleniùs consulere voluit. vid. Manz. *cit. loc. n. 24.* quòd si verò Magister solvit, haud dubiè Exercitor liberatur, & vice versâ. *l. 1. §. 24. ff. de instit. act.*

9 Hæc autem electio durante tantummodò officio est præstituta, terminatâ enim Magistri functurâ, is non ampliùs tenetur. Carpz. *part. 2. const. 20. defin. ult.* Wisenbach. *ff. hic. n. 6.* Schambogen *ad §. 2. Inst. quod cum eo, qui* &c. per consequens Magistri hæredes non ampliùs conveniri poterunt, Lauterbach *ff. hic §. 10.* nisi talis sit Magister, qui in suum solius commodum exercuit. Stryck. *ff. hic §. 4.*

10 Porrò objectum hujus actionis constituunt illa, quæ ex contractu cum Magistro vel submagistro nobis debentur; si ergo à Magistro nihil adhuc est præstitum, totum, quod in contractum est deductum, persequimur. *l. 1. §. 24. ff. hic.* Illud quæritur, utrùm, si Magister telonium non solvat, mercésque, queîs onerata erat navis, à fisco vindicatæ sint, eam jacturam sustinere debeant illi, quorũ merces transvehendæ erant, an verò exercitores, si Magister non existat solvendo? Exercitori post Carpzov. *decis. 133.* jacturam injungit Brunneman. in *l. 1. ff. hic*, quoniam mercatores fidem Exercitoris secuti esse censentur, qui alias actionibus ex culpâ Magistri exortis obstringitur, *§. ult. Inst. de oblig. quæ ex quasi contract. nasc. l. 5. §. fin. ff. de O. & A.* nisi Nauclerus conductam navem in suum commodum exerceat, & ipse cum Mercatoribus in ordine ad transvehendas merces contraxerit, tali enim casu damnum refundere ipse Magister tenetur, si solvendo est, si minùs, Mercatores tanquam mercium Dominos manet periculum. Pluribus Magistris si navis cura est simpliciter commissa, ex singulorum contractu tenetur Exercitor, cùm singulis in solidum navis concredita censeatur, *l. 1. §. 13. ff. hic*, si autem sub certa lege sit Magister præpositus, aliter Exercitor non obstringitur, quàm si lex à Magistro & à creditore fuerit observata. *l. 1. §. 14. ff. hic.* perpetuò hæc actio durat, cùm sit rei persecutoria.

ACTIO

Sive Remedium ex lege Rhodia de jactu.

SUMMARIUM.

1. *Annotatur Lex Rhodia de jactu.*
2. *Quæ sint ejus requisita.*
3. *Assignatur primus casus, in quo hæc contributio locum habet.*
4. *Sequitur alter,*
5. *Subjicitur tertius casus.*
6. *Remedium est actio locati.*

1 DEcima nona est provisio & remedium legis Rhodiæ, quæ nomen & originem sortita est ab insula Rhodo, quæ una ex Cycladibus, & ob artem navalẽ præ cœteris famosa est, ejusdem verò Metropolis idem obtinet nomen, Duaren. *ff. hic. cap. 1.* de ejus situ & potentiâ, quâ olim inclaruit, prolixiùs differit Myllerus *in not. ad Struv. ff. hoc tit.* Varias atque multiplices de re nautica leges & constitutiones promulgârunt Rhodienses, quæ tantam authoritatem assecutæ sunt, ut non solùm in decidendis causis maritimis pro jure gentium habitæ sint, sed ab Antonino quoque Imp. constitutum fuerit, ut salvâ Romanarum legum auctoritate, quæ Rhodiensibus derogant, pro lege servarentur; potiores harum legum recenset, & illustrat post alios à se citatos Myller. *d. l.* quas inter præcipua, vel, ut alij volunt, postrema fuit, quæ de jactu mercium erat constituta, & per quam cavetur, ut, si levandæ navis gratiâ jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est; verba sunt Pauli in *l. 1. ff. ad l. Rhod. de jact.* Lauterbach. *in disput. de æquit. & extens. l. Rhod. de jact.* Naturalis æquitas hujus legis ex se liquet, *æquissimum enim est*, pergit laudatus ICtus Paulus *in l. 2. in fin. princ. ff. eod. commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.* quando igitur imminente naufragij periculo navis levandæ causâ pars mercium ad submovendum commune periculum in mare eijci debet, illi, quorum res, seu merces conservatæ sunt, contribuere tenentur illis, qui suarum jacturam passi sunt.

Ad hoc verò, ut hæc contributio locum habeat, exigitur 1. ut damnum alicui sit datum per jactum & amissionem mercium, *l. 1. & l. 2. ff. hic:* 2. ut damnum obtigerit, non quidem ob summam necessitatem, sed ob ingruens periculum, e. g. si repentè oborta procella periculosè jactet navim, ut minetur naufragium, aut si navis ultrà vires onusta portum vel flumen ingredi nequeat, hinc patet, hanc necessitatem non esse ad ultimum gradum restrictam, sed ad arbitrium eorum, qui certiorem habent rei nauticæ experientiam, casu igitur, quô quis vano timore, ex culpa, vel omninò dolô merces projecisset, Domino mercium jacturam per actionem in factum, vel l. Aquiliæ resarcire tenetur. *l. 14. ff. de præscript. verb. l. 27. §. 21. ff. ad l. Aquil.* id ipsum dicendum in casu, quô culpa Exercitoris vel Magistri præcessit, e. g. si navem non benè stipaverit, picaverit, vel plùs justô oneraverit, aliamve ob causam jactum antevorterit. Lauterb. *cit. disput.* postremò deposcitur ad hanc contributionem illarum rerum, ob quas damnum est datum, conservatio, & ut alij per hoc damnum res & merces suas salvas habeant. *l. 2. ff. hic.* 2

Pro

3 Pro uberiori intellectu hujus materiæ lubet aliquos designare casus, quêis hæc ex l. Rhodia resultans contributio ulteriùs locum occupat; primus desumitur ex *l. 29. §. 3. ff. ad l. Aquil.* quô in portu duæ naves anchoris funibúsque obfirmatæ, earúmque una vi ventorum in alteram impacta est; cùm adeò utramque interitûs periculum maneret, ad unam saltem conservandam, nautæ alterius funes præciderunt, hæcque dissoluta mersa est. non potest in hoc casu Dominus defensæ navis pulsari actione l. Aquiliæ, quod enim ex necessitate, & vi majori adurgente factum est, haud dubiè à culpâ & dolô excusatur, *l. 49. §. 1. ff. ad l. Aquil.* si autem culpa deficit, cessat quoque actio l. Aquiliæ, præsertim si omnia alia media adhibita sint, nec profecerint; per *dict. l. 29. §. 3. ff. eod.* in verb. *si nullô aliô modô, nisi præcisis funibus explicare se potuit.* quoniam ergò funes abscissi sunt ad conservandam unam navem, facilèque contingere potuisset, ut mutuâ allisione ambæ naufragium paterentur, æquissimum erit, commune fieri detrimentum. *l. 2. ff. hic.* vid. allegatum præjudicium apud Lauterbach. *dict. disput.* haud alia ratio est, si navis in retia casu inciderit, ex quibus absque incisione explicari nequit, nam & tunc Dominus navis pro parte damnum incisorum retium refundere obstringitur. *dict. l. 29. §. 3. ff. ad l. Aquil.*

4 Alium casum proponit Paulus Castrens. in *l. 1. ff. ad l. Rhod. de jact.* quô quis merces ex Gallia in Germaniam transvehit, atque comperit, eas certis de causis à Cæsare fisco addicendas esse; quem in finem quoque mercium Dominos indicare jussus, unius solummodò merces manifestavit, cœterorum occultavit; amissarum mercium Domino reliqui, quorum res conservatæ sunt, contribuere tenentur. argt. *l. 1. ff. hic.* Alia hîc non ignobilis exardescit quæstio, utrùm à negotijs maritimis æquitas l. Rhodiæ ad terrestria protendi possit? & primò quidem dubitatur, utrùm ob periculum incendij dissipatarum ædium æstimatio à vicinis sit refundenda? Affirmativæ adstipulantur Franciscus Duarenus *ff. hic cap. 2.* Struv. *exercit. 20. thes. 27.* Lauterbach. *eod. §. fin.* permoti argumento à simili, quemadmodum enim in jactu mercium æquitas suadet fieri contributionem, ita etiam ortó incendiô, ignis submovendi causâ incisarum ædium damnum vicinis erit commune, ergo ob eandem æquitatis rationem contributio erit facienda. At mihi non videtur lex Rhodia hunc casum virtualiter comprehendere, ideò quippe damnum per jactum voluit esse commune, quoniam subortâ tempestate jactus mercium omnium votîs & calculîs fieri censetur, spes enim & metus omnibus est æqualis; ortô verò incendio, spes & timor inæquales sunt, plus namq; periclitantur ædes proximæ, quàm remotæ, eámque ob rem non cen-

ſentur univerſi conſentire, non igitur tanta connexio inter jactum mercium & everſionem ædium, niſi fortè tueri velis, ſaltem à vicinia proxima damnum eſſe reſarciendum, quæ majori periculo ſubjecta fuit.

5 Tertius caſus eſt, quando quis ſive privatus, ſive Magiſtratus ipſe quantitatē pecuniæ hoſti præſtitit, ut à cœpta civitatis obſidione deſiſteret, & univerſam urbem præſenti periculo eripuit, æquiſſimum tunc quoque eſt, ut id, quod eſt expenſum, refundatur; pariter ſi non quidem civitas ipſa, oppidum, vel pagus periclitatur, ſed ejus territorio devaſtatio vel deprædatio metuenda eſt, ſi ſolutione pecuniæ fuerit averſa hoſtilitas, ſolventi omnes quorum intereſt, contribuere debent. confer. Lauterbach *dict. diſput. theſ. 21.* aut ſi Civitate omninò ad deditionem compulsâ, pro amolienda deprædatione & devaſtatione, vor Raub und Brand / à civitatis vel alterius cōmunitatis Adminiſtratoribus certa pecuniæ quantitas eſt expenſa, omnes, quibus certiſſimum & commune imminebat periculum, ad collationem adſtringuntur. Eadem æquitas pugnat pro mercatoribus, quorum & propriæ & abſentiū merces à victoribus, & expugnatoribus alicujus urbis occupatæ, & redemptæ ſunt, hi non minùs ad l. Rhodiam provocare poſſunt, quàm adminiſtratores, qui urbem liberârunt; plures alios caſus deducit Lauterbach *dict. diſput. à theſ. 28.*

Porrò remedium, quod pro contributione in caſu l. Rhodiæ competit, eſt actio locati, quæ datur contra Magiſtrum, ad hoc, ut res conſervatas tamdiu retineat, donec omnes ſuam portionem ſolverint, aut ut Magiſter adversùs eos actione conducti agat, ut portiones ſuas præſtent, *l. 2. ff. hic*, ibique Salycet. & Brunnem. Lauterbach. *ff. hic* §. *10.* in actionem enim locati veniunt omnia, quæ alter alteri ſecundùm æquum & bonum præſtare debet; poteſt tamen Magiſter cedendô actiones, moleſtias à ſe amoliri. Lauterbach *dict.* §. *10. in fin.* caſu verò, quô lex Rhodia ex æquitate extenditur, conceſſa eſt actio in factum ſubſidiaria, confer. poſt Caſpar. Klock. *de contribut. cap. 19. à num. 337.* Lauterbach *in dict. diſput. theſ. 45.* aut etiam imploratio officij Judicis, quemadmodum judicat Bacchovius. *in Treutl. vol. 1. diſput. 10. theſ. 8. litt. B.* 6

ACTIO

ACTIO
Institoria.

SUMMARIUM.

1. *Quid, & quotuplex sit Institor.*
2. *Quinam possint præficere Institores.*
3. *Definitur hæc actio.*
4. *Subnotatur subjectum activum & passivum institoriæ actionis.*
5. *Non datur adversùs institorem.*
6. *An teneatur ipse institor.*
7. *Describitur objectum hujus actionis.*

1 Vigesima Actio est, quæ institoria nuncupatur, ab institore derivata. Dicitur autem Institor ab instando, eò quòd negotio gerendo jugiter instet, ut ait Ulpianus *in l. 3. ff. hic.* est verò institor, qui à Domino, vel ejus mandatario aut negotiorum gestore negotiationi quæstuariæ universaliter præponitur, aut qui à Domino potestatem accepit negotiationem quæstuariam exercendi. *l. 5. l. 11. §. 6. l. 16. §. 18. ff. hic.* Castrens. in *l. 3. ff. eod.* Salycet. *ibid.* Lauterbach. *ff. hic.* §. 1. hodie passim vocantur factores, Speidelius in *specul. histor jurid. verbo.* factor. David Mævius *ad jus Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 5.* Laden/ oder Gewerbs Diener/ Buchhalter; alij sunt generales, qui in genere negotiationi præficiuntur, qui verò certæ negotiationi præponuntur, speciales sunt. *l. 5. ff. hic.* Bacchov. in Wesenbec. *ff. hic.* qui autem ad unum solum actum est destinatus, potiùs procurator, quàm Institor erit dicendus. Castrens. in *l. 3. ff. hic.* Bacchov. *eod.* Lautterbach. *ff. hoc tit.* §. 3.

2 Porrò institores præficere possunt non modò mercatores, sed & alij negotiatores, sartores, fullones, pistores, caupones, qui res à se confectas distrahere solent, quêis si res circumferendæ concreduntur, circitores dicuntur; *l. 5. §. 4. & l. 9. ff. hic.* Petr. Myller. *in not. ad Struv. exercit. 20. thes. 30.* nec refert, sive præponentes sint masculi, sive fœminæ. *l. 7. §. 1. ff. hic. l. 4. Cod. eod.* quin minores & pupilli cum consensu Curatorum & auctoritate tutorum præponere possunt; *l. 9. ff. hic.* Lautterbach. *in disput. de jur. in cur. Mercat. usit. thes. 45.* qui autem ex speciali ratione negotiationem quæstuariam exercere prohibentur, illi consequenter quoque ab institorũ præpositione arcentur, ex ratione, cùm & illi, qui per institores mercan-

cantur, mercatores appellentur. David Mævius *ad jus Lubecens. lib. 3. tit. 6. art. 21. n. 15.* eos recenset Lautterbach *ff. hic* §. 7.

3 Ex contractu igitur cum præposito inito oritur actio institoria, quæ definitur, quòd sit actio prætoria, personalis, rei persecutoria, perpetua, juxta naturam contractûs stricti juris vel bonæ fidei, potissimùm enim imitatur naturam actionis principalis ex contractu defluentis, ad instar actionis exercitoriæ. *l. 5. §. 12. l. 17. ff. hic.* causa remota est contractus cum institore initus, proxima est obligatio. Unde ad hoc, ut hæc actio oriatur, deposcitur 1. contractus cum institore celebratus, *l. 1. ff. hic*, ex delicto enim institoris nulla nascitur actio, nisi circa suum officium deliquerit, tunc enim Dominus institoris pulsari potest actione quasi, vel utili institoria, per *l. 5. §. 8. ff. hic.* ubi actio datur adversùs libitinarium, cujus servus pollinctor mortuum spoliavit, non equidem ratione spoliationis, sed ratione malæ curationis, ut post Bacchov. in Wesenbec. loquitur Lautterbach *ff. hic.* Clariss. D. Franz. *Instit. quod cum eo, &c. part. 3.* §. 7. jung. relati à Brunneman. *in d. l. 5. §. 8. ff. hic.* 2. exigitur, ut contractus sit initus de rebus, quibus institor est præpositus, & quidem juxta præpositionis formam, quæ contrahentibus legem præfigit, ad amussim servandam. *l. 5. §. 11. ff. hic. l. 3. Cod. eod.* hinc si in contrahendo forma præpositionis est observata, etsi fortè exinde pecunia mutuò accepta in utilitatem institoris fuerit versa, nihilominùs præponens obstringitur, fraus enim institoris in re sibi commissa potiùs præponenti, quàm contrahenti cum præposito obesse debet, *l. 11. §. 4. in fin. ff. hic*, quare, si forma præpositionis sit captatoria, actio institoria ex eâ tamen enascitur. *l. 11. §. 5. ff. eod.*

Subjectum activum hujus actionis constituunt illi, qui cum institore juxta præpositionis formam contraxerunt, & eorum hæredes, *l. 15. ff. hic.* Duarenus *de act. instit. cap. 4.* Lautterbach. *ff. hic* §. 22. Struvius *d. exercit. 20. thes. 33.* Passivum verò in genere illi efficiunt, qui institorem seu factorem tabernæ vel officinæ præposuerunt; in specie verò porrigitur adversùs pupillos cum auctoritate tutorum præponentes, *l. 9. ff. hic.* 2. contra minores Curatoribus destitutos, adeò ut absque causæ cognitione in integrum non restituantur, *l. 11. §. 1. ff. hic*, ibique gloss. 3. adversùs omnes, qui legitimè præponere possunt, etiam fæminam. *l. 7. §. 1. ff. hic.* 4. contra hæredes protenditur, non secùs ac aliæ actiones ex contractu ortum habentes. *l. 14. ff. eod.* plures si unum præposuerunt, de jure omnes in solidum obstringuntur, concessâ actione pro socio, vel communi dividundo pro eo, quod quis 4

ex-

exsolvit, *l. 13. §. fin. l. 14. ff. hic.* quæ constitutio tanquam mercaturæ & negotiationi damnosa de consuetudine non ampliùs observatur, sed quivis pro parte dominicâ vel mercis obligatur. Vinnius ad §. *2. Instit. quod cum eo, qui* &c. & plures relati à Lautterbach. *in conclus. forens. exercit. 26. thes. 13.*

5 Econtra hæc actio non datur adversùs institorem, quoniam actione civili directâ tenetur, nec Prætor eo fine hanc actionem produxit, ut perimat directam, sed duntaxat, ut contrahentibus pleniùs consulat. *l. 1. §. 17. ff. de exercit. act. & l. 7. §. 11. ff. de SCt. Macedon.* Magister quippe navis, vi Legis prioris, actione civili potest conveniri, ergo quoque institor, cùm eadem sit ratio, vi posterioris verò textûs filiusfamilias institor juvatur SCtô Macedonianô, ergo si foret paterfamilias, absolutè obstringeretur. Nec adversatur text. in *l. ult. ff. hic*, ubi à Scævola negatur, posse institorem conveniri; alius enim, & in specie iste inibi continetur casus, quô Institor transmissâ epistolâ, nomine sui præponentis fatetur, quòd pecunia in suam pervenerit mensam, quæ confessio extrajudicialis nec obligationem, nec actionem gignit. Salycet. & Castrensis *in d. l. ult.* Vinnius *ad cit. §. 2. Instit. quod cum eo* &c. Harpprecht. *institut. ibid. num. 16.*

6 Dubium autem hic suboritur non leve, quando ipse institor conveniri possit? Resp. post finitum officium regulariter conveniri ampliùs non posse, *l. fin. ff. hic*, nisi propriô contraxerit nomine, Carpzov. *lib. 1. decis. 10.* & *Resp. Elector. 80.* vel nisi in specie fidem suam interposuerit, *l. 76. ff. de procurat.* Berlichius *part. 1. decis. 14.* Hartm. Pistorius *observ. 20.* Gaill. *lib. 2. observ. 27.* aut nisi fines præpositionis excesserit. vid. relati à Lautterbach. *ff. hic §. 15. in fin.* durante autem officiô obstringitur, ast solummodò ad id, ut solutionem procuret, & maturet. Lautterbach. *ff. hic §. 13.* Struv. *exerc. 20. thes. 38.* David Mævius *ad jus Lubec. part. 3. tit. 6. art. 5.* ex contractu tamen subinstitoris non, quemadmodum exercitor, tenetur præponens, quod in priori ob favorem negotiationis maritimæ est receptû, nec enim tantum periculi est in præpositione terrestri quàm maritima, in quâ ultimâ ponderatiora occurrunt negotia.

Objectum hujus actionis efformat illud, quod ex contractu cum institore celebrato debetur, Struvius *dict. exerc. 20. thes. 36.* ibique Myllerus *in not.* nulla enim inter hanc & principalem actionem est differentia in ordine ad objectum; perpetuam etiam, ad instar principalis, hæc actio sortitur vitam, cùm rei persecutoria sit. Ad exemplum hujus deductæ actionis datur quoque actio utilis instito- 7

ria ex contractu cujusvis procuratoris, per *text. apert. in l. 16. ff. hic*, & *l. penult. Cod. eod. l. 31. ff. de negot. gest. l. 13. §. 25. ff. de action. empt.* Struv. *dict. exerc. 20. thes. 39.* D. Franz. *dict. tit. part. 3. §. 3.*

ACTIO

Tributoria.

SUMMARIUM.

1. *Figuratur casus hujus actionis.*
2. *Describitur actio tributoria.*
3. *Deducitur ejus subjectum activum, & pulchra affertur notatio.*
4. *Explicatur subjectum passivum.*
5. *Tangitur objectum,*
6. *Recensentur requisita hujus actionis.*

1 Vigesima prima Actio est tributoria, à tribuendo sic nuncupata, per quam inter patrem vel Dominum, & reliquos Creditores merces peculiares ex æquo distribuuntur. §. 3. *Instit. quod cum eo, qui* &c. Ut natura ejus clariùs eluceat, lubet figurare casum, quo pater vel Dominus filiofam. vel servo ter mille in peculium concessit, filius verò vel servus duo millia in prædia impendit, reliquis mille florenis merces sibi comparavit, atque sciente & patiente patre vel Domino negotiationem instaurat; pater subinde filio vel Dominus servo quingentos credidit, & alij duo Creditores quoque, quilibet ducentos & quinquaginta; exin pater vel Dominus peculium ademit, in merce verò solummodò sexcenti supererant, pater ergo suos quingentos præprimis deducit, duobus Creditoribus reliquos centum attribuit. Iniqua haud dubiè est hæc distributio, non potuit enim pater servatà legitimâ portione plùs quàm semissem illius, quod in merce remansit, præripere, alteram verò in duos creditores transferre debuit. Ad reformandam igitur hanc distributionem prodita est actio tributoria. *l. final. ff. hic.*

Est autem hæc actio personalis, 2 rei persecutoria, perpetua, prætoriâ auctoritate aucta, quâ pater vel Dominus ex contractu filij vel servi, qui sciente & patiente patre vel Domino negotiatus est, compellitur inter creditores mercem peculiarem æqualiter distribuere. *l. 1. §. 1. ff.*

ff. hic. causa ejus remota, seu instrumentalis, est contractus ex scientia & patientia patris vel Domini cum filiofamilias vel servo initus, proxima est obligatio. Lauterbach. *ff. hic §. 3.* Struv. *Syntagm. jur. civil. exercit. 20. thes. 42.* Oldendorp. *de action. class. 4. act. 6.* Nec adversatur *l. 3. §. 2. ff. de tribut. act.* dolus enim concurrit ad hanc actionem tanquam causa impulsiva, quemadmodum in actione Pauliana, Lauterbach. *ff. eod.* præterquam quòd hæc actio recenseatur inter actiones ex contractu descendentes.

3 Subjectum activum hujus actionis sunt illi, quibus hæc actio conceditur; datur autem creditoribus, quibus ex merce peculiari debetur. Casu verò, quô plures sunt, & quidem diversarum negotiationū creditores, tunc in diversis mercibus non confunduntur, sed singuli vocantur in tributum ratione illius mercis, cui crediderunt, *l. 5. §. 15. ff. hic*, ubi exemplum datur, quô filius sagariam & lintearіam exercuit negotiationem, separandi sunt creditores, & illi, qui linteariæ crediderunt, non confundendi cum illis, qui sagariæ, cujus ratio *ibid.* subijcitur, *quia unusquisq; eorum potiùs merci, quàm ipsi credidit.* conferatur Salycet. in *cit. l. 5. §. 15. ff. hic*, & plures relati à Brunneman. *eod.* si autem sunt Creditores ejusdem negotiationis, & quidem ejusdem tabernæ, tunc juxta *cit. text.* omnes promiscuè in tributum vocantur, econtra si diversarum sint tabernarum, tunc creditores non sunt confundendi, sed singuli ad tributum suæ tabernæ vocandi, *ne ex alterius re mercéque alij indemnes fiant, alij damnum sentiant*, ut ait Ulpianus *cit. l. 5. §. 16. ff. hoc tit.* vid. latè Castrens. ad *dict. l. 5.* ex quo textu inferunt relati apud Brunnem. in *ead. l.* & præcipuè David Mævius *ad jus Lubec. part. 3. tit. 1. art. 10. n. 55.* non esse confundendos creditores diversarum provinciarum & territoriorum, & qui v. g. hypothecam habent in bonis Francofurtensibus, non habere eandem in bonis Lipsiensibus. Castrens. & Salycet. *ibid.* Berlich. *part. 1. conclus. 48. n. 3.*

Subjectum passivum constituunt personæ, adversùs quas porrigitur 4
hæc actio; datur autem adversùs patrem vel Dominum, cujus filius vel servus, illô sciente & patiente negotiatus est; nec in hac actione pater gaudet privilegiô deductionis, *§. 3. Instit. quod cum eo, qui* &c. *l. 5. §. 7. ff. hic.* ex ratione, quòd sufficiat patrem privilegium deductionis perdidisse. adversùs hæredes patris datur solùm, in quantum pervenit. *l. 7. §. fin. ff. hic.* Oppones, hanc actionem subortam esse ex contractu, quales etiam ob dolum, à defuncto commissum, in successores in solidum transmittuntur. *l. 7. §. 1. ff. depos. l. 12. & l. 49. ff. de O. & A. l. 157. §. 2. ff. de R. J.* Varia à varijs redditur hujus exorbitantiæ ratio, Castrensis in *dict. l. 7. §. fin.* putat

putat, hanc actionem participare aliquid actionis de dolo; Caſpar Manz. *in* §. *3. Inſtit. quod cum eo* &c. *n. 48.* exiſtimat, quòd dolus non in contractu, ſed distributione ſit commiſſus, cujus opinioni in re adſtipulatur Lauterbach *in diſput. de tranſit. action. theſ. 28.* arbitratus, actiones, quæ quidem ex contractu proveniunt, ob delictum tamen concurrens ex parte pœnales ſunt, & factum coercent, adeóque in dolum quaſi conceptæ ſunt, in hæredes non tranſire in ſolidum.

5 Objectum hujus actionis ſunt merces peculiares, & pretium ex earum venditione receptum. §. *3. Inſtit. quod cum eo, qui* &c. *l. 5. §. 11. ff. hic.* diſtat autem merx peculiaris à peculio, quemadmodum pars à toto, hinc non raró præſtat agere de peculio, quàm actione tributoria, quando videlicet patri nihil debetur, aut quando adeſt amplum peculium, in quo licet pater ſuum deducat debitum, nihilominùs reliqui Creditores ſuum conſequi poſſunt; actio autem tributoria duntaxat partem tangit peculij, per quam difficiliùs omnibus ſatisfit, in quibus & ſimilibus circumſtantijs cautos oportet eſſe cauſarum Patronos.

6 Ut igitur hæc actio cum effectu inſtituatur, debet probari 1. filiumfam. vel ſervum in merce peculiari eſſe negotiatum, nomine autem negotiationis hic veniunt & fullones, ſartores, & alij in *l. 1. §. 1. ff. hic* comprehenſi: 2. talem negotiationem exercitam eſſe cum patientiâ patris, adeò, ut pater hac actione poſſit pulſari, ſi negotiatio ei fuerit nota, & contra eam non ſit proteſtatus, *l. 1. §. 3. ff. hic* in verb. *non enim velle debet, ſed non nolle.* 3. demonſtrandum eſt, debitum eſſe enatum ex negotiatione in merce peculiari filij vel ſervi, *l. 5. §. 5. ff. hic*, ſi quis enim filio intuitu peculij credidit, ceſſat hæc actio; 4. oſtendendum, quod merces peculiares inæqualiter ſint diſtributæ, *l. 7. §. 2. ff. hic*, invitus tamen pater diſtribuere non adſtringitur, ſed poteſt creditoribus merces dimittere, *l. 7. §. 1. ff. hic:* ſi autem & diſtribuere, & dimittere recuſat, ex officio Judicis diſtributor deſignandus, qui ſecundùm æqualitatem diſtribuat; perpetua eſt hæc actio, ſicut aliæ actiones perſonales ex contractu deſcendentes. *l. 7. §. fin. ff. hic.* Noſtrô ævô ab uſu receſſiſſe hanc actionem, arbitratur Hahn ad Weſenbec. *ff. hic in fin.* eò quòd ſervos non habeamus, filij autem negotiationem exercentes pro emancipatis habeantur; mihi cùm non videatur ſola negotiatio, niſi quoque ſeparata accedat Oeconomia, filium à patria poteſtate liberare, ideò, ſi pater filium in ſuis retinet alimentis, negotiationemque aſſignat, non ceſſabit hæc actio.

ACTIO

ACTIO

De Peculio.

SUMMARIUM.

1. *Definitur actio de peculio.*
2. *Quando pater ex delicto filij teneatur.*
3. *Quibus, & contra quos,*
4. *Et ad quid hæc actio detur.*
5. *In alijs speciebus Peculij non datur.*
6. *Cur in solidum, & pater solvendo peculiotenùs teneatur.*
7. *Quamdiu duret hæc actio.*

1 Vigesima secunda actio est, quæ datur ob peculium à patre filio, vel à Domino servo concessum; quemadmodum autem præcedentes, ita & hæc specialem non sortitur subsistentiam, sed adjectam habet qualitatem, vi cujus adversùs patrem vel Dominum porrigitur; ratio autem hujus, à Prætore adjectæ qualitatis est separata, à patre filio indulta negotiatio, cujus permissione tacitè fidem suam obstrinxisse censetur de præstandâ creditoribus filij secundùm quantitatem peculij satisfactione. Definiri potest hæc actio, quòd sit personalis, prætoriâ auctoritate aucta, in rem scripta, competens ex contractu filij vel servi, adversùs patrem vel Dominum, ut illorum creditoribus satisfiat. Manz. in §. 10. *Inst. de action. n.24.* Lauterbach. *ff. de pecul.* §. 35. Struv. *eod. thes 68.* quoad qualitatem bonæ fidei, vel stricti juris imitatur principalem actionem ex contractu ortam; causa ejus remota seu instrumentalis est contractus cum filiofamilias vel servo initus, proxima est obligatio: *l. 21. §. fin. ff. de pecul.* ex delictò autem filij hæc actio non subnascitur, *l. 1. §. 7. ff. de his, qui effud. &c. l. 58. ff. de R. J.* non enim ad delinquendú, sed contrahendum peculium est concessum, solúsque filius ex delicto puniendus, & quod in ære non habet, in corpore luat. argt. *l. fin. ff. de in jus vocand.*

Si autem peculium per delictum filij foret auctum, eatenùs saltem peculiotenùs pater obstringitur. *l. 3. §. 12. ff. de pecul.* 2 2. si filius ex delicto conventus, litem contestatus, atque in certam condemnatus est quantitatem, executio fieri in peculio potest, *l. 3. §. 11. ff. eod. l. 57. ff. de judic.* ratio est quasi contractus à filio per subsecutam sententiam confirmatus, argt. *l. 29. ff. de novat.* 3. si filius Duûmvir creatus pupillo rem salvam fore cavere neglexit, in patrem datur actio, *l. 3. §. ult. ff. hic*, ibique Brunnem. confer. Wisenbach *in l. 58. ff. de R. J.* qui distinguunt, aut filius patre annuence

est creatus Duumvir, & actione tutelæ in solidum pulsari potest, *l. 1. Cod. quod cum eo* &c. vel eo ignorante, & solùm peculiotenùs convenitur. *l. 3. cit. §. fin. ff. hic.* confer. solidiùs exponens D. Franz. *Inst. cit. tit. §. 4. n. 10. in fin.* Oritur ergo ex omni contractu, vel quasi contractu, cum filiofam: vel servo celebrato. *l. 19. §. 1. ff. de pecul. l. 14. ff. de negot. gest. l. 7. ff. de tutel. l. 49. ff. de O. & A.* non autem uti filius patrem, ita servus Dominum ex omni contractu obligare potest, servus quippe Dominum fidejubendô nequit obstringere, *l. 3. §. 5. & seqq. ff. de pecul.* dominus enim servo, servilem pecuniam indulgendô in eos solùm contractus consensisse videtur, qui sunt utrinque obligatorij, non verò in eos, qui solùm gravant Dominum; amplior autem filio est impertita negotiandi facultas. *argt. l. 39. ff. de oblig. & act.*

3 Concessa hæc actio est creditoribus filij vel servi, eorúmque hæredibus, contra patrem, sive ille sit naturalis, sive legitimus solùm, *l. 42. ff. de pecul.* & contra Dominum eorúmque hæredes, *l. 27. §. 1. ff. eod.* quin adversùs omnes, ad quos peculium pervenit, *cit. l. 27. §. 2. ff. dict. tit.* cùm sit in rem scripta; postremò datur contra dolô malô possidere desinentem. *l. 21. ff. eod. l. 1. §. 8. ff. quand. act. de pecul. annal. est.*

4 Objectum hujus actionis est debitum ex contractu filij vel servi enatum, non equidem in solidum, sed juxta vires peculij: *§. 10. instit. de action.* habet tamen pater privilegium deducendi id, quod filius ipsi, atque illis, qui sunt in ejus patria, tutoria, vel curatoria potestate, debet, quemadmodum docet Paulus in *l. 9. §. 2. ff. hic*, cujus ratio datur partim in *dict. §. 2.* eò quòd pater censeatur agendô cœteros prævenisse, partim in *§. 4. dict. l. 9.* cùm verosimile non sit, patrem velle id, quod sibi extra peculium debetur, filio in peculium concedere; hinc privilegium deducendi intelligendum est de debito extra peculium, non verò de concessô peculio: hoc tamen ipsum deducendi jus eô tantummodò casu datum est, quô aliunde pater vel Dominus consulere sibi non potuit. *l. 11. §. 6. & 7. de ff. pecul.*

Dubium hîc oritur, an actio hæc quoque nascatur ex alijs peculij speciebus? Ratio dubitandi à similitudine profluit, quæ has inter species intercedit. Sed intrepidè negativa est tenenda, quoniam in peculio castrensi & quasi patrisfam. locô filius habetur, *l. 2. ff. de SCt. Maced. l. 4. §. 1. ff. de pecul. castrens.* per consequens ipse ex suo contractu conveniri potest; id ipsum est tenendum de peculio adventitiô irregulari, quod filius plenô possidet jure, Novell. *117. cap. 1.* peculij verò adventitij regularis pater est & legitimus administrator, & usufructuarius. *l. 1. Cod. de bon. matern. l. 6. §. 2. Cod. de bon.* 5

quæ

qua liber. si autem pater partem aliquam bonorum adventitiorum regularium filio ad separatam negotiationem concederet, induerent naturam bonorum profectitiorum, saltem quoad usumfructum, ergò, si pater denuò filio adimeret, actione de peculio creditoribus obstringeretur. Caspar. Manz. *in §. 10. instit. de action. n. 50.* de peculio verò castrensi vel quasi, & adventitio nec post mortem filij hac actione conveniri potest, sed tanquam hæres in solidum tenetur.

6 Objicies: tametsi pater & filius pro una habeantur persona, *l. fin. Cod. de impub. & alijs substitut.* pater tamen, actione de peculio conventus, solummodò peculio tenùs tenetur, ergo etiam, etsi defunctus & hæres pro una reputentur persona, *Novell. 48. in præfat.* pater jure hæreditario conventus in solidum non obstringetur. Resp. latam esse inter utrumque disparitatem, pater enim ex dispositione juris, præter suam voluntatem, & invitus fingitur una eadémque persona cum filio, è diverso hæres ex propria sua voluntate, & mediante suô factô, quô se declarat hæredem, adeóque omnia jura & onera defuncti in se transcribit. Manz. *cit. §. 10. n. 53.* Schambogen. *eod.* D. Franz. *supr. dict. loc. part. 1. §. 5.* illud est postremò notandum, quòd hæc actio moveri possit, modò tempore ferendæ sententiæ spes affulgeat, fore aliquid in peculio, est enim peculium nomen universale, incrementum & decrementum recipiens. *l. 40. ff. de pecul. l. 30. ff. eod.*

Est equidem hæc actio ex naturâ suâ, quemadmodum omnes ex contractibus descendentes, perpetua, quamdiu peculium perdurat; eô verò à patre adempto, filiô mortuô vel emancipato, aut servô manumissô, aut denique quovis modô extinctô peculiô, anni spatio à tempore perempti peculij circumscribitur, ne casus improvisus creditoribus noceat. Hodie hæc actio vix utilitatem sortitur, quoniam, sicut servos non habemus, ita filij separatam negotiationem instaurantes, plerúmque separatam adornant Oeconomiam, patriámq; excedunt potestatem. 7

vid. allegati à D. Franz. *loc. cit.*

ACTIO

De in rem verso.

SUMMARIUM.

1. *Quando concessa sit hæc actio.*
2. *Quibus detur,*
3. *Solvitur objectio.*
4. *Adversùs quos competat.*
5. *Quid persequatur.*
6. *Quando quid censeatur in rem esse versum.*
7. *Subjicitur utilis annotatio.*

1 Vigesima tertia Actio est, quam vocant *de in rem verso*. Est pariter actio personalis, rei persecutoria, Prætoria, qualitate aucta, bonæ fidei, vel stricti juris, prout contractus cum filio vel servo initus est; Ex. gr. si filius absente & ignorante patre mutuas suscepit pecunias, aut alia necessaria comparavit pro familia alendà, aut Oeconomiâ conservandâ, hæc actio, alijs deficientibûs, contra patrem conceditur: deficiunt autem hoc casu actiones tam exercitoria & institoria, cùm pater nec maritimæ, nec terrestri negotiationi filium præstituerit, quàm actiones de peculio, & quod jussu, quoniam ex hypothesi pater nec peculium concessit, nec jussit; minùs datur tributoria, quia, quemadmodum supponitur pater fuisse hujus comparationis ignorans, ita hæc necessaria ad alendam familiam non habent rationem mercis peculiaris, consulitur igitur Creditoribus in præsenti actione de in rem verso.

Datur hæc actio creditoribus, 2 quibus aliquid debetur ex contractu, per quem aliquid in utilitatem patris vel Domini est versum, & eorum hæredibus. Plures si sint creditores, non omnes agere queunt, *l. 3. §. fin. ff. hic*, sed unus solùm, estque locus præventioni, *l. 4. ff. eod.* ex gr. unus mutuam pecuniam filiofam. dedit, ad emendam rem pro sustinendâ familiâ necessariam, alter eandem rem filio, fide de pretio habitâ, vendidit; etsi pecunia, vel res, vel utrumque casu perijt, utrique tamen hæc actio competit, ita tamen, ut occupantis melior conditio videatur, Petr. Myller. *in not. ad Struv. ff. hic. thes. 74.* utrique enim patrem condemnari iniquum foret. *dict. l. 3. §. fin. ff. hic.*

Dices: in tali casu nihil est in 3 rem patris versum, ergo neutri hæc actio erit concedenda. Resp. quando utilitas casu aliquô est intercepta, respectu creditorum haberi [illegible] in rem verso, quemadmo-

modum evincunt verba Ulpiani, in *l. 3. §. 7. ff. hic* asserentis: *unde rectè dicitur, etsi frumentum comparavit servus ad alendam Domini familiam, & in horreo dominico reposuit, & hoc perijt, vel corruptum est, vel arsit, videri versum.* Addatur *cit. l. 3. §. 8.* fidejussoribus hæc actio non conceditur, in exemplo; Cajus fidejussit pro filiofamilias apud Mævium, frumentum huic pro alendâ patris familiâ vendentem; actio de in rem versô Cajo non conceditur, ex ratione, quia præstita fidejussio non est versa in rem patris, sed frumentum ab alio emptum, cujus tanquam tertij jure uti nequit Cajus.

4 Subjectum passivum constituunt personæ, contra quas datur; porrigitur autem hæc actio directa contra patrem vel Dominum, & eorum hæredes. *l. 7. Cod. quod cum eo* &c. Utilis contra varios datur, & 1. quidem contra maritum, quando uxor contrahendo familiam conservavit. Lautterbach. *ff. hic §. fin.* 2. adversùs Ecclesiam, si in ejus utilitatem quid versum sit. Brunnem. in *l. fin. ff. hic.* 3. si ex contractu nostrorum famulorum in rem nostram quid versum est. Oldendorp. *class. 4. act. 7.* 4. si negotiorum gestores, Magistri, institores, aut procuratores ultra legem præpositionis, vel mandatum, mutuas receperunt pecunias, & illæ in rem principalium versæ sint, hæc actio locum habet. Vid. quæ scribit Manz. *dict. loc. n. 23.*

Objectum hujus actionis est id, 5 quod ex contractu filijfam. vel servi debetur, quatenus videlicet in rem patris, vel Domini est versum. *§. 4. Instit. quod cum eo, qui* &c. *l. 10. §. 4. ff. de in rem vers.* persequitur etiam hæc actio non rarò solidum, si solidum est in rem versum. *dict. §. 4. Instit. eod.* Objicies: actio de peculio, & actio de in rem verso dicitur una actio, *cit. §. 4. Inst. d. tit.* actio autem de peculio datur in solidum, si peculium est sufficiens, ergo & actio de in rem verso. Resp. dici unam actionem ratione causæ, contractûs videlicet, ex quo ortum habent, qualitates tamen à Prætore adjectæ sunt diversæ, ob quas quoque diversas sortiuntur condemnationes, à diversis nimirùm concludendi modis. Porrò in rem 6 versum non solùm id, quod in necessitatem, sed etiam id, quod in utilitatem est erogatum, intelligitur, *l. 3. §. 2. & l. 5. §. 2. ff. de in rem vers.* quamvis quoque res, in patris vel Domini necessitatem impensâ jam sit consumpta. *dict. l. 3. §. 7. & fin. l. 17. ff. eod.* notabilis tamen est differentia inter ea, quæ utiliter sunt versa, in illis enim totum pretium conventum, in his tantummodò rerum pretium versum esse dicitur. *l. 5. ff. hic, ibique* Glossa, Castrens. & Brunnem. Lautterbach. *ff. eod. §. 3.* quæ verò voluptatis gratia impensa sunt,

ſunt, verſa non intelliguntur, *l. 3. §. 4. ff. eod.* niſi ex patris voluntate id factum, vel pater ipſe id ſolitus ſit facere. *l. 3. §. 4. & 6. ff. eod.* Ut autem verſum eſſe cum effectu dicatur, debet perdurare, id eſt, non debet à Domino vel patre, ſervo vel filio denuò eſſe reſtitutum. *l. 10. §. 6. ff. hic.*

7 Poſtremò lubet ſubjicere vulgarem de Studioſis in Academia degentibus quæſtionem, qui non rarò reliquatores eſſe ſolent pro convictu, Muſæo, & alijs, ſi parentes eorum conveniantur, atque excipiant, ſe tantum pecuniæ filijs annuatim miniſtrâſſe, ut omnia abundè exſolvere potuerint, adeóque verſionem in ſuas utilitates ceſſare aſſerant, utrùm exceptio hæc ſit ſolidata? Reſp. vel pater filiorum prodigalitatem ſcivit, vel non, priori caſu parentes creditoribus de dolô tenentur, *l. 10. §. 6. ff. hic*, in poſteriori ab obligatione nequeunt exceptione ceſſantis verſionis ſe liberare, ſed creditoribus potiùs actione negotiorum geſtorum obſtringuntur. conferatur D. Franz. *Inſt. dict. tit. part. 5. §. 5. in fin.*

ACTIO

Quod juſſu.

SUMMARIUM.

1. *Deſcribitur actio* quod juſſu.
2. *Explicatur text.* in l. 1. §. 1. ff. quod juſſu.
3. *Deducitur ſubjectum activum & paſſivum.*
4. *Enodatur objectum.*
5. *Recenſentur requiſita.*

1 Vigeſima quarta actio eſt, quæ dicitur *quod juſſu*, deſcribitúrque, quòd ſit prætoria, perſonalis, rei perſecutoria, perpetua, bonæ fidei, vel ſtricti juris, juxta naturam contractûs, quem juſſu patris vel Domini filius vel ſervus celebravit; cauſa ejus remota ſaltem inſtrumentalis eſt contractus initus cum filiofam. vel ſervo, ex juſſu patris aut Domini; & licèt in ſenſu ſtricto nomine *juſsûs* veniat prævius conſenſus cum aliquo imperio conjunctus, *text. in princ. Inſtit. de nupt. l. 25. §. 4. ff. de acquir. vel omitt. hæredit.* hic tamen in latiori ſignificatu ſumitur, ita ut denotet conſenſum tam præcedentem, quàm concomitantem atque ſubſequentem, inter præſentes verbîs, inter abſentes autem litterîs, aut per nuntium expreſſum. *l.*

l. 1. §. 1. §. 3. & 6. ff. hic.

2 Dices: sufficit hic consensus generalis, quemadmodum in actione exercitoria vel institoria; ut desumitur ex *dict. l. 1. §. 1.* in verb. *generaliter.* Resp. subaudiri generalitatem objecti, ut consensus ex parte jubentis specialis ad plura negotia protendi possit.

3 Datur hæc actio omnibus illis creditoribus, qui filiofam. vel servo crediderunt, aut quôvis modô cum ijs ex patris vel Domini jussu contraxerunt, eorúmque hæredibus; utilis autem illi quoque competit, qui alterius jussu aliena negotia gessit, *argt. l. 7. §. unic. Cod. quod cum eo* &c. competit adversùs patrem vel Dominum, quorum jussu servus vel filiusfamilias contraxerunt, *l. 2. §. 1. ff. quod jussu.* illorúmque hæredes; plurium jussu si contractus est initus, adversùs omnes in solidum datur, *l. fin. §. fin. ff. hic.* ex pluribus si unius solùm jussu contractus perfectus, adversùs eum solùm porrigitur. Utilis autem contra negotiorum dominum, cujus jussu administrator contraxit, *dict. l. 7. §. unic. Cod. quod cum eo.* &c. & ferè adversùs omnes datur, quorum jussu aliquid est gestum, velut si uxor mariti, Discipulus Moderatoris, subditus Magistratûs, aut miles Capitanei mandatô aliquid egit. Myller. *in not. ad Struvium dict. exercit. 20. thes. 77.* Brunnem. *in l. 1. ff. hic.*

4 Objectum hujus actionis est id, quod ex contractu filij vel servi, jussu patris vel Domini initô, debetur; persequitur etiam solidum hæc actio, *§. 1. Instit. quod cum eo, qui &c.* si contrahentes jussum non sint egressi, *l. 3. ff. hic*, Lauterbach. *ff. quod juss. §. fin.* ultrà tenorem jussûs verò jubentes non tenentur; Manz. *ad cit. §. 1. n. 13.* casu ergo, quo pater filio, vel Dominus servo imperavit, ut prædium emeret 100. filius verò vel servus 150. emit, neuter obstringitur ultra 100. *l. 3. ff. hic.* vid. cit. à Manz. *dict. loc.*

5 Pro ulteriori eruditione ad notitiam juris aspirantium, lubet aliqua subnectere, quæ ad hanc actionem cum effectu instituendam exposcuntur. Exigitur autem 1. jussus patris vel Domini, est verò inter jussum, hortatum, atque consilium notabilis differentia, jussus enim fit cum imperio, hortatus cum impulsu, 2. jubens obligatur, non verò hortans, ut liquet ex casu *l. 20. ff. de dol. mal.* consilium verò præmonstrat tantùm modum faciendi, relinquit tamẽ omnia arbitrio ejus, cui consilium datur: mandatum verò & jussus in eo distant, quòd mandatum dirigatur ad quemvis, qui pecuniam credere solet, jussus autem ad solum filium vel servum decernitur. quando verò Pater jussisse præsumatur, latiùs deducit D. Franz *Instit. dict. tit. part. 6. §. 5. n. 9.* 2. deposcitur, ut subsecutus sit contractus filij vel servi, ex delicto enim hæc actio non enascitur. *l. 2. ff. de noxal. action.* 3. ut hæc actio radicetur in filio, si enim in patre id fieret, di-

recta adversùs eum daretur actio. *l. fin. ff. quod. juss. l. 4. Cod. eod.* Bacchov. *de action. disput. thes.* *12.* cœteroquin indubitati juris est, filium quoque directâ ex contractu profluente actione obstringi, si proprio contraxit nomine, *l. 3. §. 4. ff. de minor.* secùs si pater ministeriô filij contractus & negotia perfecit. *l. 4. Cod. quod cum eo. &c.* ratione durationis perpetua est hæc actio, quemadmodum aliæ ex contractu descendentes.

ACTIO

Institutoria, & Restitutoria ex SCto Velleiano defluentes.

SUMMARIUM.

1. *Quot remedia SCti Vellejani occasione sint prodita.*
2. *Quando habeat locum actio restitutoria.*
3. *Quando institutoria movenda.*
4. *Quibus, adversùs quos, & in quid detur.*

1 Vigesimum quintum locum occupant actiones restitutoria & institutoria, ex intercessionibus fæminarum, adeóque ex SCto Velleiano descendentes; Joannes Sichard. *Cod. ad SCt. Vellei. in rubr. n. 11.* asserit, ex hoc SCto tria exoriri remedia, *exclusorium*, quo mulier obligationé ipsâ intercessione contractam elidit, *restitutorium*, quô creditori succurritur, quando actio per expromissionem fæminæ extincta est, & *institutorium*, quô pariter creditori in auxilium accurritur, si advertit fæminam à contracta obligatione liberari. Ut uberiùs hæc liqueant, placet efformare casus, in quibus hæ actiones conceduntur; primum ergo de jure falcidia novo datur eo casu, quô mulier cum instrumento coram tribus testibus confectô fidejussit, aut aliô modô intercessit, *l. 23. Cod. ad SCt. Vell.* de qua exceptione *tot. tit. ff. & Cod. ad SCt. Vellejan.*

Alter casus est, quô mulier ex- 2
promittendô per novationem vel delegationem alienam obligationem in se transcripsit, atque à creditore conventa opponit exceptionem SCti Velleiani; Restituit hic Prætor contra priorem debitorem veterem actionem, *l. 8. §. 7. l. 14. l. 16. in fin. l. 24. ff. hic,* quæ actio restitutoria, vel utilis rescissoria nuncupatur, *l. 8. §. 9. l. fin. §. ult. ff. eod.* vid. Donell. *lib. 12. cap. 31.* Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 21. thes. 8.* ibique Myllerus *in not.* Prænob. D. de Bassis

sis decis. 24. n. 7. Duo si sint correi, eorum unô per expromissionem mulieris liberatô, adversùs utrumque restituitur actio, cùm liberatio uni obtingens alterum quoque obligationis vinculô solvat. Restituitur verò non solùm actio personalis, sed & realis, quemadmodum hypothecaria, *l. 13. §. 1. l. 24. ff. hic*, quando enim restituitur actio adversùs priorem debitorem, pignora & fidejussores manent, ex ratione, quòd, si novatio effectum non sortiatur, hypotheca non solvatur. Brunneman. *in dict. l. 13. §. 1. ff. hic*, Myller. *in Struv. cit. loc.*

3 Tertius casus depromitur ex *l. 8. §. penult.* & *l. 29. ff. ad SCt. Vellei.* quô Titius e. g. necessitate compulsus mutuas captat pecunias, cui tamen ob res domi angustas potissimum non habetur fides, hinc sororem suam subornat, opibus adhuc instructam, quæ suo nomine mutuas suscepit pecunias, atque in Titium transtulit; hic ergo, ad quem omnis utilitas pervenit, obligandus erat, eámque ob rem Prætor transfert actionem in illum, quæ institutoria dicitur in *cit. ll.* quæ contingentia tunc cum effectu locum sibi vendicat, quando mutuans probabiliter non ignoravit, atque ex conjecturis desumere potuit, fæminam intercedere solùm, ac pecuniam ad alium perventuram, *l. 4. ff. hic*, secùs est, si absolutè nescivit, tunc enim non est locus exceptioni SCti, sed fæmina directâ actione conveniri potest. *l. 13. C. ad. hic.* hinc liquet, has actiones adversùs debitorem veterem moveri non posse, quando mulier privilegiô SCti destituitur.

Competunt autem hæ à Prætore restitutæ actiones 1. Creditoribus, ac eorum hæredibus, *l. 10. ff. hic*, licet creditores post factam intercessionem mulieribus acceptum tulerint, *l. 8. §. 9. ff. hic*, ratio est, quoniam inanem, atque per exceptionem SCti elidendam remisêre actionem, adeóque verosimile est, eos non fuisse acceptilaturos, si efficacem movere potuissent actionem. 2. etiam conceduntur, etsi creditor mulieris hæres existat, *l. 8. §. 12. ff. eod.* ex ratione, cùm in effectu non obligatæ successerit, vid. relati à Myllero *in Struvium dict. exerc. 21. thes. 8.* 3. eô etiam casu dantur, quô mulier priori debitori succeßit, non enim multùm videtur interesse, sive directâ, sive restitutoriâ creditor experiatur, pro ea saltem parte, quâ hæres existit mulier, argt. *l. 2. §. fin. ff. de stipulat. prætor.* Restituuntur hæ actiones adversùs debitorem & ejus hæredes, quin contra omnes, qui occasione intercessionis vel expromissionis exempti sunt, *l. 8. §. 11. ff. hic*, aliàs enim collimaret in magnum Creditoris damnum, cùm debitores possent solvendo esse desinere, adeò ut creditor jacturam crediti pateretur. Quoad objectum imitatur hæc actio naturam prioris, persequitur namque omne id, ad quod mulier intercedens tenebatur; & tametsi aliàs actiones restitutæ soleant esse 4

tem-

temporales, *l. 35. ff. de O. & A.* hæ tamen etiam quoad tempora restituuntur, ita ut tamdiu durent, quamdiu aliàs & semotâ intercessione durâssent, *l. 24. §. 3. ff. hic*, ibique Castrens. Bacchov. *in Treutl. vol. 1. disput. 25. thes. 6. litt. B.* quia hæ actiones non sunt à Prætore introductæ ut novæ, sed sunt meræ SCti Velleiani sequelæ.

ACTIO

Depositi directa.

SUMMARIUM.

1. *Describitur Actio depositi.*
2. *Quibus hæc Actio competat?*
3. *Si quis portionem suam ex rebus fungibilibus depositis accepit, tenetur reliquis eam communicare, tametsi reliquum perijt.*
4. *In contractibus realibus tertio potest quæri Actio utilis.*
5. *Adversus quos detur?*
6. *Quid persequatur?*
7. *Quibus casibus depositarius præstet levem culpam?*
8. *An casum fortuitum?*
9. *Privilegia hujus Actionis.*
10. *An deposito possit opponi jus retentionis?*
11. *Quid sit Actio depositi prætoria?*

1 VIgesima sexta, seu actio depositi directa est Actio personalis Civilis, rei persecutoria, bonæ fidei, competens deponenti adversùs depositarium ad rem in specie restituendam, quæ descriptio colligi potest ex *§. 3. Inst. quibus mod. re contrah. obligat. §. 17. & §. 28. Inst. de Action.* Causa ejus remota est contractus depositi, proxima est obligatio, veluti ex superioribus jam deductis Actionibus liquet.

2 Subjectum activum, seu personæ, queis hæc Actio conceditur, est deponens, & ejus hæredes; *dict. §. 3. Inst. quibus mod. re contrah. &c.* Casu autem, quo plures deposuerunt, hæc Actio singulis pro rata contingentis portionis conceditur *l. 1. §. sed si duo & l. licet deponere ff. depositi.* unde si pecunia in sacculo obsignata est deposita, & unus ex deponentibus agit ad suam portionem consequendam, licitum est depositario, coram Prætore, vel præsentibus testibus partem suam actori reddere, reliquam autem vel denuo obsignatam retinere, vel coram Prætore deponere, *l. 1. §. 36. ff. depositi*, aut si idoneam cautionem præstet, totum depositum restituere; *dict. l. 1. §. 36. & l. 17. ff.* de-

depositi. quod tamen in sequestro non esse necessarium, volunt DD. post Bruneman. *in dict. l. 17.* ex ratione disparitatis, cùm sequestratio non nisi à duobus fieri possit, & propterea semper quilibet in solidum deposuisse censeatur. Secundò, non est opus cautione, si ità inter contrahentes cautum est, ut uni totum liceat restituere, *l. 1. §. sed si duo ff. depositi*, si autem agens cautionem præstare recusat, res in Judicio deponenda erit. *dict. l. 1. §. 36. ff. eodem.*

3 Unde evenit, quòd, si quis portioné suam ex pluribus deponentibus rerum fungibilium recepit, residuum autem depositario relictum perijt, haud teneatur reliquis deponentib⁹ ex sua parte communicare, ne industria sua pœnas desidiæ solvat, ut ait *l. final. Cod. depositi, & per l. 24. ff. quæ in fraudem credit.* secus si plures species depositæ sint, atque ab aliquo una recepta, tunc enim si cæteræ apud depositarium periêre, recipiens alijs communicare tenetur, cùm illa communis maneat *Argum. l. 29. ff. de solut.* Ratio differentiæ esse videtur, quòd in rebus fungibilibus nihil intersit, qualé portioné quis capiat, in speciebus autem ratione electionis, seu affectionis interesse potest. Gyphan. *in l. fin. Cod. depositi.* Lauterbach. *ad Pandect. in tit. Deposit. thes. 23.*

4 Illud notanter adverte, quòd in deposito, & alijs contractibus realibus etiam alteri, & quidem utilis Actio quæri possit, ut si quis rem alienam deposuit, ut domino restituatur, competit in hoc casu domino rei depositæ utilis Actio depositi *l. si res tuas Cod. ad exhibendum, l. certi §. si nummos ff. de Reb. Credit.* quod etiam ad alios contractus reales extenditur, & semper datur Actio saltem utilis illi, in quem contractus seu restitutio est directa.

Porrò subjectum passivum hujus Actionis est ipsa persona depositarij, & hæredes ejus, contra quos hæc Actio competit, *Argum. dict. §. 3. Inst. quib. modis re contrah. Oblig.* haud verò adversùs tertium protenditur. *l. si is 16. ff. depositi.* Si res penes plures sit deposita, atque deponens omnium fidem secutus, adversùs quemvis in solidum datur *per l. 1. §. 43. ff. deposit.* & pluribus persequitur *celeberrima l. 9. ff. de duobus reis stipul.* secus si communi periculo res sit deposita, tunc enim quivis pro rata obligatur: *Argum. l. rem mihi §. 1. ff. commodati.* adversùs autem hæredes in solidum conceditur, tametsi dolus defuncti intervenerit, per textum generalem *in l. ex contractibus ff. de Oblig. & Act. l. si hominem §. 1. ff. depositi.* ubi ratio datur, quòd nempe dolus iste ex contractu, & rei persecutione descendat, atque propterea in solidum detur. Subaudiendum tamen est, si unus solummodo est hæres, nam si plures sint, tametsi solidum exsolvere teneantur, 5

tur, quilibet tamen pro parte, qua hæres eſt, obligatur, *dict. l. ſi hominem §. 1. in fine ff. depoſiti.* quæ aſſertio limitatur primò, niſi unus ſolus facultatem rei reſtituendæ habeat, eo enim caſu in ſolidum poſſet condemnari, *per vulgat. l. 3. §. 3. ff. commodati.* Secundò ſi unus ſolus dolum in re depoſita commiſerit, cujus cæteri cohæredes participes non ſunt *per l. nec adverſus ff. depoſiti.* Ultimò circa hunc paſſum annotandum eſt, quòd, quando Hæres rem apud defunctum depoſitam bona fide repertam, ea opinione vendidit, aut alio modo diſtraxit, quaſi defuncti propria fuiſſet, non niſi in quantum ex pretio ad eum pervenit, obligetur, *l. 1. §. fin. ff. depoſiti.* Videatur Caſtrenſis *in dict. l. 1. §. ult.* ubi rem prolixè exponit.

6 Objectum autem hujus Actionis eſt res depoſita in ſpecie cum omni cauſa reſtituenda, *l. 1. §. 24. ff. depoſiti.* quinimo poſitis terminis habilibus, quando nimirum rei depoſitæ perditæ, ſeu peremptæ æſtimatio debetur, non minùs, ac in alijs contractibus bonæ fidei uſuræ ſunt præſtandæ à tempore moræ. *l. 32. §. 2. ff. de Uſur. & fruct. l. 24. & l. 25. §. 1. ff. depoſiti, l. ſi depoſiti Cod. eodem.* Item in caſu depoſiti irregularis, quo certa e. g. quantitas pecuniæ depoſita eſt, ut depoſitarius eam in ſuos uſus convertat, & tantundem reſtituat, uſuræ veniunt, non quidem propter ſolum uſum, ſed propter commiſſam moram. *l. aie §. qui pecuniam & l. ſequenti ff. de Uſur.* æſtimationem autem rei peremptæ, vel deterioratæ tunc primùm refundere tenetur, ſi doli, vel culpæ latæ circa rem commiſſam argui poteſt; *§. 3. Inſt. quibus modis re contrah. Obligat. l. 1. §. final. l. quod Nerua 32. ff. depoſiti. l. ſi incurſu, Cod. eodem.* ſi verò res depoſita perijt culpâ levi depoſitarij, æſtimationem refundere regulariter non tenetur, *l. 5. §. 2. ff. commodati*, certi nihilominus deſignantur caſus, queis depoſitarius in re apud ſe depoſitâ levem culpam præſtat, & quidem

Primò, quando pro re depoſita honorarium accipit. *l. 5. §. 2. ff. commodati.* Secundò, ſi præſta- 7
tionem culpæ etiam levis per pactum ab initio promiſit. *l. 1. §. ſi convenit 6. ff. depoſiti.* Tertiò, ſi fortè depoſitũ alio modo ſit in gratiam utriúſq; , quando nimirum depoſitarij intereſt, ut ſi corpus aliquod, amœnũ odorem ſpargens, in cubiculo depoſitarij depoſitum ſit. Videatur Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſput. 26. theſ. 3. litt. B.* Quartò, ſi depoſitarius ſe obtulit ultrò depoſito. *l. 1. §. ſæpe evenit ff. depoſit.* Quintò in caſu *l. ſi quis 4. ff. de Rebus credit.* quo v. g. Titius empturus erat prædia, & in hunc finem à Mævio mutuum accipere deſtinaverat, quandoquidem autẽ tractatûs eventus adhuc ignorabatur, noluit Titius propter incertitudinem mutuum contrahere, Mævio autẽ abeundũ erat, quapropter

ter pecunias deposuit apud Titiũ, ut si tractatus eventum sortiretur, ijs uteretur; in tali, aut simili contingentiâ præstatur omnis culpa, cum istud depositum in gratiam solius Titij celebratum sit.

8 Casus enimverò fortuitus, sicut in nullo alio, ità nec in hoc contractu præstatur, nisi culpa lata, seu mora depositarij præcesserit, *cap. 2. extra de Deposito*, vel in deposito irregulari, ubi transfertur dominium. *l. incendium 11. Cod. si certum petat. l. 9. Cod. de Pignorat. Acti n.* Si igitur contingeret res utriusque, & deponentis, & depositarij in discrimen adduci, eò demum casû depositarius tenetur, si res depositæ majoris pretij fuerint, & suas præ depositis in salvum reduxerit, per ea, quæ tradunt DD. *in l. quod Nerva 32. ff. depositi*, & ibi Bruneman. *n. 7.* Si autem res depositas, quæ minoris pretij sunt, salvaret, suásque, quæ longe pretiosiores, relinqueret, pretium seu æstimationem suarum rerum à deponente exigere posse, tenent citati apud Lautterbach *ff. depositi thes. 33.*

9 Porrò hæc Actio singularia quædam obtinet privilegia, quæ non omnibus cæteris Actionibus comunia sunt. Et primò quidẽ, si depositarius condemnatus sit ex proprio dolo, fit infamis, *l. 10. Cod. depositi. l. 6. §. 6. ff. de His qui not. Infam.* ratio hujus privilegij est exuberantia bonæ fidei, quæ in hoc contractu præcipuè eminere debet, ideóque fides rupta magis punitur, quam in reliquis contractibus. Secundò, casû quo res deposita non ampliùs in specie exstat, sed consumpta est, & tot depositarij sunt creditores, queîs difficile foret satisfacere, habet deponens pro rei suæ consumptæ consequenda æstimatione privilegium personale, ità ut immediatè post privilegiatos creditores in subhastatione ante omnes creditores Chyrographarios ponatur, *per l. 7. §. 2. ff. depositi, & l. 24. §. 2. ff. de reb. Auth. Jud. possid.* nisi usuras acceperit deponens, eo enim casû à reliquis creditoribus non separatur, *per textum litteralem in dict. l. 24. §. 2. ff. eodem*, quoniam aliud est credere, aliud est deponere, ait textus *dicto loco.* Tertiò, quamvis in cæteris Actionibus exceptio compensationis locum obtineat, in deposito tamen illa à Jure exclusa est, *per l. 11. Cod. depositi, l. ult. §. 1. Cod. de compensat. §. in bonæ fidei 30. Inst. de Action.* quemadmodum autem Actioni depositi non facilè exceptio, præsertim altiorem indaginem sibi vendicans opponi potest, per doctrinam DD. à Bruneman. *in l. 11. Cod. deposit. n. 6.* alleg.

Ità intricata, & utrinque sat 10
nervosè ventilata quæstio est, an depositarius propter impensas in re apud se deposita factas habeat jus retentionis? Negativam præter alios tenet Hieronymus Teutlerus *vol. 1. disput. 29. thes. 5. litt. C.* per

per citat. *l. 11. Cod. depositi*, ubi dicitur, quòd depositarius rem depositam *illico modis omnibus reddere compellatur*, videatur Lautterbach. *in disp. de Retent. thes. 24. in principio.* Hac tamen ratione minimè obstante, affirmativa, & quòd depositarius propter impensas saltem necessarias in re deposita factas rem depositam retinere possit, mihi non displicet, alia enim est ratio, cur Imperator Justinianus compensationem ab Actione depositi arceat, videlicet propter præsumptam perfidiam, quæ in hoc contractu, ubi bona fides præ cæteris eminere debet, singulariter annotanda est; talis autem perfidia in hoc casu, ubi expensæ in re deposita factæ sunt, nulla subesse potest. Secundò generalis est regula *in l. 18 §. ult. ff. Commodati*, quòd omnia, quæcunque contrariò Judicio petere possumus, ea etiam per viam retentionis, donec nobis satisfiat, reservare liceat. Tertiò confirmatur *ex l. 23. ff. depositi*, ubi dicitur Actione depositi conventus posse utiliter experiri, cibariorum in servum depositum impensorum nomine, coram eodem Judice: ergo multò magis servũ poterit retinere, ait Bruneman. *eodem*; conferatur Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disput. 26. thes. 5. litt. C.* Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 21. thes. 44.*

Circa quam Actionem depositi 11
ulteriùs est notandum, quòd, licet de Jure Civili summâ vigilantia provisum sit, ut bona fides singulariter in hoc contractu custodiatur, Prætor tamen adhuc magis sollicitus fuerit, atque Actionem hanc in quatuor miserabilibus casibus etiam ad duplum porrexerit. Dicuntur autem miserabiles casus, Tumultus, Ruinæ, Naufragium, atque Incendium, unde si quis orto forte incendio, & flamma jamjam proprijs ædibus imminente res quasdam apud Titium deposuit, Titius autem, cùm deponens eas repeteret, illas non modò restituere, sed etiam omnino depositas esse negavit, huius perfidiæ coercendæ gratiâ Prætor Actionem non tantùm ad res depositas repetendas, sed etiam simul ad earum æstimationem, & per consequens in duplum proposuit. Ratio autem impulsiva fundamentalis est, quòd in tali discrimine constitutus ob perturbati animi judicium non habeat electionem personæ idoneæ, & fide dignæ, cui res suas concrederet. *per l. 1. §. 1. l. de eo quod tumult. ff. depositi §. persequendæ 17. Inst. de Action. Videatur* Hartprecht *in §. 3. Instit. quibus mod. re contrah. Oblig. n. 52.* Donell. *in §. 17. Inst. de Action. n. 9.* Manz. *ibidem.*

AC-

ACTIO
Depositi Contraria.

SUMMARIUM.

2. Depingitur Actio depositi contraria.

2. Differentia inter Actionem directam, & contrariam.

1 Vigesima septima seu Actio depositi contraria est similiter Actio Civilis Personalis, rei persecutoria, bonæ fidei, competens depositario adversùs deponentem ad indemnitatem depositi nomine consequendam. Causa ejus remota, non secùs ac directæ, est contractus depositi, proxima secundaria obligatio. *l. 5. ff. depositi. l. 6. §. ult. ff. de His qui notantur Infamia:* Circa personas, quibus, & adversùs quas hæc Actio locum præbet, idem jus est, quemadmodum & in alijs fermè omnibus ei convenit, quod de Actione directa assertum est. Oldendorp. *Class. 4. Action. 23.*

2 Differt tamen ab Actione directa primò, quòd actione directa conventus, si ex dolo condemnatus est, infamis fiat, sicut superiùs dixi, secus condemnatus Actione contraria, *dicta l. 6. §. ult. ff. de His qui not. Infam.* haud enim hoc loco agitur de fide rupta, sed solùm de indemnitate illius, qui depositum suscepit. *l. ei apud quem 5. ff. depositi.* Secundò Actio depositi directa in casu superiùs assignato pœnalis, & in duplum est concepta, *dict. §. persequendæ 17. Inst. de Action.* quod de Actione contraria non est asserendum. Tertiò in Actione directa habet locum Juramentum in litem *l. 1. §. in depositi 26. ff. depositi.* in Actione autem contraria damnum non æstimatur per Juramentum in litem, *l 5. ff. depositi.* Quartò in Actione directa non potest opponi compensatio *per textus superiùs adductos*, bene autem actioni contrariæ, tametsi enim Justinianus *in l. ult. Cod. de Compensat.* excludat omne compensationis beneficium ab Actione depositi, refert se tamen ad suam constitutionem *l. 11. Cod. depositi.* quæ constitutio, quemadmodum legenti patet, Actioni contrariæ nullatenus potest accommodari: ergo Actio contraria non est casus à generali regula, quod compensatio in omnibus Actionibus sibi vendicet locum, exceptus. Competit autem hæc Actio ad illud, quod in re deposita est impensum, *l. 12. & l. 23. ff. depositi*, aut si res deposita depositario damnum dedit, *argum. l. 31. ff. de Pignorat. Action. l. 61. §. 5. ff. de Fruct.* ubi ex generali regula con-

constat, deponentem culpam etiam levissimam præstare debere: quoniam depositum in gratiam tantummodo illius celebratur, *l. 5. §. 2. ff. commodati*: in reliquis hæc Actio eandem vitam habet, quam directa, quæ perpetua est.

ACTIO
Mandati directa.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Actio Mandati, & quibus detur?*
2. *Adversus quos competat?*
3. *Ad quid hæc detur?*
4. *An ille, qui excessit fines mandati, habeat quoad excessum Actionem negotiorum gestorum?*
5. *Sufficit in mandato, si fines æquipollenter observentur.*
6. *Dillucidatur, qualis sit in mandato adhibenda diligentia?*
7. *Prosequitur objectum hujus Actionis.*

1 Vigesima octava seu Actio Mandati directa non absimili descriptione, quàm præcedentes delineatæ sunt, definiri potest, est enim tam ratione causæ efficientis *Civilis*, quàm ratione causæ materialis *Personalis*, & ex forma accidentali *bonæ fidei*, unde dici potest Actio personalis, Civilis, rei persecutoria bonæ fidei, quæ competit Mandanti adversùs Mandatarium ad id, quod Mandati nomine præstare debet. Causa ejus remota est contractus Mandati, per textus *in l. 5. l. 20. & 22. §. 11. & l. 41. ff. Mandati*. Causa proxima est obligatio. Datur hæc Actio Mandanti, & ejus Hæredibus, *l. si quis alicui §. morte & l. inter causas ff. Mandati*: tametsi enim Mandatum morte exspiret, non etiam Mandati Actio solvitur. *l. 58. ff. Mandati.* Secundò Mandatario, qui acceptum Mandatum rursus alteri commisit, & sic quemdam sibi substituit, in terminis Oldendorp. *Class. 4. Action. 24.*

In quibus verò Mandatoribus in specie Actio hæc detur, videantur textus *in l. 6. §. 2. l. 18. l. 22. §. 10. & l. 61. ff. Mandati*: & pluribus persequitur Colleg. Argentor. *eod. n. 25*. Datur adversùs Mandatarium, ejusq; Hæredes, *per l. ex contractibus ff. de Oblig. & Action.* tametsi ex dolo defuncti conveniantur. *l. 12. ff. eodem.* Casu autem, quo plures sunt Mandatarij, qui Mandatum susceperunt, adversùs singulos in solidum datur Actio Mandati, *l. Creditor §. duobus ff. Mandati.* ratio est, quoniam hoc facilè actum intel- 2

telligitur, ut quivis in ſolidum teneatur. Quamvis id hodie per *Novell. 99. cap. 1.* immutatum eſſe velit Oldendorp. *Claſſ. 4. Action. 24. n. 4.* & præſertim de conſuetudine, & moribus hodiernis beneficium diviſionis pluribus Mandatarijs competere poſſit. Carpzov. *part. 2. Conſtit. 17. definit. 13.* Lauterbach *ff. Mandati theſ. 20.*

3 Datur hæc Actio primò ad hoc, ut ſemel ſuſceptum Mandatum, nec ritè finitum, ad finem perducatur, impleatúrque, *l. 5. §. 1. l. 6. §. 1. l. 8. §. 6. ff. Mandati*, aut ſaltem ad præſtandum intereſſe, haud enim præcisè ad implendum Mandatum compelli poteſt, *l. 27. §. 2. ff. Mandat. l. 16. Cod. eodem.* quoniam ex facti obligatione non præcisè ad factum ipſum explendũ, ſed ad intereſſe agitur. *l. ſi quis ab alio §. ult. ff. de Re Judicat.* Non ritè, & legitimè autem mandatum adimpleviſſe cenſetur, ſi fines Mandati non cuſtodivit, ſed eos exceſſit, in tali enim caſu aliud facere videtur, *l. 5. ff. Mandati*, & Mandati mentio omnino detrahitur, cùm quoad exceſſum nullum habuerit Mandatum, & propterea ratione Mandantis negotium ſit nullum. *l. ſi Procurator 10. Cod. de Procurat.* dict. *l. 5. §. 3. ff. Mandat. l. eum Mandati Cod. eodem.* ſi tamen quis fecit, quod mandato æquipollet, atque mandantis non intereſt, fines mandati exceſſiſſe non cenſetur, *l. ult. §. fin. ff. mandat.* nec enim mera mandantis verba, ſed prævium ejus propoſitum eſt reſpiciendum. Mantica *de tacit. & ambig. conventionib. lib. 7. tit. 15. n. 25.* Exemplum formari tale poteſt: Titius Sempronio Mercatori Veneto mandat, ut ſibi certas merces per nuntium Mævium transmittat, non verò per Sulpitium; Sempronius verò per Sulpitium nihilominùs eas transmittit, Sulpitius verò & Mævius unà iter conficientes uterque opprimuntur, omnibúsque mercibus ſpoliantur; in hoc caſu egreſſus eſt equidem mandatarius fines mandati, cùm tamen æquè merces peremptæ forent, ſi per Sulpitium, ac ſi per Mævium transmiſſæ forent, mandans damnum ſuſtinere debet. *l. final. §. 1. ff. ad l. Rhod. de jact.* conferantur relati ab Adam. Lauterbach. *concluſ. forenſ. exercitat. 30. theſ. 3.* Utrùm verò ille, qui mandatum à Principe, Republica, vel populo obtinuit, præcisè ac ſpecificè adſtringatur cuſtodire fines mandati, ſublimioris indaginis eſt quæſtio, quam per tres rationes in ambiguum evocant relati à Lauterbach *ff. mandati §. 20.* Ne tamen aut Mandans, aut ille, cum quo Mandatarius contraxit, ſeu negotium, excedendo fines Mandati, confecit, quaſi innocenter damnum quoddam incurrant, tenetur Mandatarius tam mandanti, ac ei, cum quo contraxit, ad omne intereſſe, & ſervandam plenam indemnitatem, *l. 41. ff. Mandati, argum. l. 43. §. 1. ff. de Adminiſt. & pericul. Tut.* & quidem ob ſummam æqui-

qui-

quitatem, ne decipiantur, qui cum eo contrahunt.

4 Dubium tamen eſt, an non quoad exceſſum ſaltem habeat Actionem Negotiorum geſtorum? Reſpondeo, quòd non, quoniam Negotiorum geſtorum actio tunc primò competit, ſi quis alterius negotia absque Mandato, non autem quando quis contra Mandatum gerit, *l. ſi quis nolente Cod. de Negot. geſt.* quam ſolidiſſimè exponit Prænob. & Clariſſ. D. Baſſus, in Sanderſtorff & Mendorff. *in ſuis 50. Deciſ. deciſ. 2.* Lauterbach *ff. Mandati theſ. 22.* Struv. *Syntagm. Jur. Civil. exerc. 22. theſ. 12. per l. 40. ff. Mandat.* Ex quibus ergo apparet, Mandatarium non poſſe excedere fines Mandati in odium, ſeu præjudicium Mandantis, ſecus autem in favorem, ſi nimirum rem quandam minoris, quàm quantitas in Mandato expreſſa eſt, emat: quoniam illud in Mandantis utilitatem cedit, ac propterea Mandatario permiſſum eſſe cenſetur; §. *qui 8. Inſt. de mandato. l. diligenter §. melior ff. eodem.* ſecus ſi minoris vendat, cùm id mandanti damnoſum, adeóque Mandatario prohibitum eſſe æſtimetur, & propterea venditio ipſo jure nulla eſt. *dict. l. diligenter §. item ff. eodem.*

5 Adverte tamen, ad hoc, ut quis fines Mandati obſervâſſe intelligatur, ſufficere, ſi æquipollenter eos, & ſecundùm intentionem Mandantis obſervaverit, tametſi præcisè in illis terminis Mandatum non expleverit: quemadmodum patet *ex l. ult. ff. Mandat.* ubi Lucius Titius Mævio Publio mandaverat, ut pro Sempronio fidejuberet: Mævius Publius non fidejuſſit, ſed mandavit creditori, ut ſolveret Sempronio, nihil enim Lucij Titij intereſt, ſive mandaverit, ſive fidejuſſerit Mandatarius, ac per conſequens fines Mandati obſervavit, quia Jura Fidejuſſionis, & Mandati eadem eſſe cenſentur, ſicut tenet poſt Bruneman. *in dict. l.* David Mævius *part. 4. deciſ. 187. n. 3.* quapropter ea, ſine quibus mandatum impleri non poteſt, omnino etiam mandata eſſe cenſentur, qui enim mandatum habet ad vendendum, ad recipiendum quoque pretium habere intelligitur. *argum. l. 35. ff. de Solut.* In caſu autem, quo negotium nullam habet certam præſcriptam formam, juxta Arbitrium boni Viri, & præſcriptam voluntatem mandantis ad finem reduci debet. *l. 35. l. 46 ff. Mandat.*

Circa diligentiam, ſeu culpam 6
præſtandam non levis eſt controverſia inter DD. An Mandatarius ad omnem culpam, etiam leviſſimam adſtringatur, aut ſolùm ſecundùm naturam contractûs, vel negotiorum ſuſceptorum diſtingendum ſit? Prius probatur partim *ex l. 13. Cod. Mandati*, ubi aſſeritur à Procuratore omnem culpam eſſe præſtandam, partim autem *ex l. 21. Cod. eodem.* ex qua apparet, majorem in rebus alienis, quàm proprijs adhibendam eſſe diligentiam, & rationem

nem dant, quòd mandatarius eo ipſo talem diligentiam promittere cenſeatur, quòd roganti fidem de negotio expediendo præbeat. Videatur Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 22. theſ. 10.* Lautterbach. *ad Pandect. Tit. de Mandat. theſ. 28.* Wiſenbach. *in l. 23. ff. de Reg. Jur. n. 19.* & ex profeſſo Hartprecht *Inſtit. de Mandat. §. 8. à n. 21.* His tamen non obſtantibus, mihi verior & Juri conformior illorum Sententia videtur, qui hac in parte generalibus Juris Regulis inhærentes diſtinguunt, utrum in utilitatem Mandatarij, vel utriúsque, aut Mandantis ſolùm Mandatum contractum ſit; quoniam *in l. Contractus 23. ff. de Reg. Jur.* Mandatum inter contractus, qui dolum & culpam recipiunt, recenſetur, & quoad præſtationem culpæ æquiparatur Commodato, Locationi, Venditioni, atque Pignori, ac proinde inſinuatur, eas Regulas eſſe obſervandas, quæ in reliquis contractibus traduntur, quò etiam collimant textus *in l. Procuratorem Cod. Mandati, l. ſi fidejuſſor ff. eodem.* Conferatur Molina *de Juſt. & Jur. Tract. 2. diſp. 549. n. 6* cui adſtipulantur Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſput. 27. theſ. 7. litt. A. B & C.* Bruneman. *in dict. l. Procuratorē Cod. Mandat.* unde *in l. 13. Cod. de Mandat.* utpote de Procuratore Judiciali loquente, diverſum quid à negotijs extrajudicialibus tenendum eſſe arbitror, in Judicialibus quippe major induſtria & ſagacitas, quàm in alijs requiritur, ac propterea quidem concedi poteſt, talem Procuratorem majorem diligentiam promiſiſſe cenſeri, quod univerſaliter non eſt concludendum, & ad reliqua negotia extrajudicialia trahendum, propter rationem priùs allatam.

Redeundo igitur ad objectum hujus Actionis, conſtat *ex l. 10. §. 2. & l. 20. ff. Mandat.* quòd ea omne id perſequatur, quod Mandatarius Mandati nomine, & occaſione illius conſecutus eſt: nec enim bona fides admittit, ut quis de alieno, invito Domino, lucrum ſentiat *per textus ſuperiùs allatos.* Sicut ergo uſuras à tempore moræ refundere *per l. 32. §. 2.* ità etiam Actiones, quas Mandati nomine acquiſivit, Mandanti cedere tenetur *per l. 43. & 45. ff. Mandat.* Ultimò advertendum, quòd, ſi quis Actione directa conventus doli in Mandato commiſſi condemnetur, infamiam incurrat, *l. in re mandata. Cod. Mandat. l. furti ff. de his qui notant. Infam.* quoniam in Mandato, quemadmodum in depoſito, agitur de fide rupta ſub ſpecie amicitiæ. Cæterùm circa tempus hujus Actionis res per ſe indubitata eſt, cùm ea civilis ſit, & rei perſecutoria, ac proinde, quemadmodum aliæ, perpetua eſt. 7

ACTIO

Mandati contraria.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Actio contraria, & quibus illa competat?*
2. *Describitur ejus objectum.*
3. *Actio contraria in uno casu etiam infamat.*

1 Vigesima nona, seu Contraria Actio Mandati eandem fermè in omnibus cum directa naturam obtinet, est enim pariter Actio Civilis, personalis, bonæ fidei, rei persecutoria, quæ competit Mandatario adversùs Mandantem ad indemnitatem Mandati nomine consequendam. Descendit ex secundaria obligatione, ejusque subjectũ Activũ primò est Mandatarius, & ejus Hæredes. *l. 10. §. 7. & l. 14. ff. Mandat.* Secundò conceditur Fidejussori, *Argum. l. ex Mandato §. Fidejussori ff. eodem.* ijs nimirum casibus, quibûs fidejussor ante solutionem potest petere liberationem, quos inter est 1. si diu steterit in obligatione, & principalis debitor solutionem protrahat. *l. Lucius 38. §. 1. ff. mandat. Cap. fin. Extr. de fidejussorib.* Brunnem. *ad dict. l. 38.* Gaill. *lib. 2. observ. 29.* Manz. *de fidejuss. cap. 7. n. 66.* Harpprecht *in §. 6. Instit. de fidejussor.* Dixi, si stetit *in obligatione*, aliud enim est, si solummodò stetisset in *fidejussione*, principali obligatione nondum commissâ, quemadmodum si quis pro evictione fidejussisset, re nondum evictâ; talis quippe obligatio est solummodò conditionalis, adeóque priùs non liberatur, quàm obligandus est fidejussor. Gail. *dict. loc.* Manz. *eod. n. 67.* 2. si principalis debitor paulatim facultatibûs labitur, quô casu tempestivè sibi consulere debet fidejussor, ne mora in ejus redundet perniciem. *l. pupillus 24. ff. quæ in fraud. Credit.* Harpprecht *in cit. §. 6.* Manz. *dict. cap. 7. n. 70.* Gaill. *cit. observ. 29 n. 8.* 3. si debitor principalis jam est condemnatus, ut creditori principali solvat; quô casu mox adversùs debitorem agere, eúmque compellere potest fidejussor, ut solvat, aut aliô modô eum liberet: *l. pro eo Cod. mandat.* ibique DD. Gaill. *allegat. observ. n. 12.* ratio est, quia adversùs condemnatum in promptu prostat executio, quæ solutioni æquiparatur. *l. 1. §. 1. ff. de V. O.* 4. si fidejussor sit peregrè discessurus, longóque tempore abfuturus, cujus exemplum præstituit Gaill. *dict. loc.* Manz. *de fidejussor.*

jussor. dict. cap. 7. à n. 77. 5. si fidejussorem inter & debitorem principalem graves interjectæ sint inimicitiæ, quæ ortum habent ex culpâ debitoris principalis, *argt. l. pro eo Cod. mandat.* ultimò potest agere fidejussor adversùs debitorem principalem, si modô quovis, solutionis vicem obeunte, satisfecit, quemadmodum per oblationem, delegationem, novationem, aut compensationem, *argt. l. 56. §. 1. ff. mandat. l. 5. ff. de compensat.* vide Manzium *sæpè cit. loc.* Porrigitur adversùs Mandatarium, & ejus Hæredes, *l. si præcedente 58. ff. eodem.* casu autem, quo plures sunt Mandantes, adversùs singulos in solidum datur, tametsi hoc in mandato non sit expressum. *l. 59. §. 3. ff. Mandati. l. 52. ff. de Fidejuss. & Mandat.* addatur Ronchegall. *in L. 9. ff. de Duob. reis stipul.* Colleg. Argent. *ff. Mandat. n. 38.*

2 Objectum ejus in specie est, quòd Mandatarius consequatur sumptus Mandati expediendi gratiâ factos, licèt tantos ipse Mandans non fecisset. *l. 12. §. 9. & l. 29. §. impendia ff. eodem.* Quinimo, licèt Mandatarius negotium ad contrarium, vel omnino ad exitum reducere sine sua culpa non potuerit, tamen Actio hæc competit adversùs Mandantem, *l. 56. §. final. ff. Mandat. & L. etiamsi Cod. eodem.* Ratio est, quoniam Mandatarius non exitum, sed diligentiam promittit. Lautterbach *ad Tit. ff. Mandat. thes. 34.* Quod autem attinet damnum Mandati nomine Mandatario illatum, etsi illud etiam levissimâ Mandantis culpâ passus sit, hac Actione resarciendum venit, *Argum. L. 61. §. 5. ff. de Furt.* modò mandatum soliusMandantis gratiâ constitutum sit. Ratio est in sæpe allegata *l. 5. §. 2. ff. Commodat.* quando nimirum, sicut in Mandato plerumque fit, contractus in gratiam tantùm dantis celebratur, etiam culpa levissima præstatur. Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disput. 27. thes. 7. litt. E. & F.* De illo casu non adeò omnibus persuasum est, quo aliquis certum hominem sibi emi mandavit, qui postea Mandatario furtum fecit, an possit ultra suam æstimationem nocere? Quod affirmatur in dicta *l. 61. § 5. ff. de Furt.* ubi hæc contingentia prolixiùs deducitur, & ratio decisionis redditur, quia, tametsi in cæteris causis animal aut servus non possit ultra corpus nocere, in deposito tamen, vel mandato, aliisque similibus officium suum nemini debet esse damnosum: & quamvis hæc omnia ità se habeant, ut mandans etiam levissimam culpam præstet, casûs tamen fortuitos, veluti quando à latronibus spoliatus vel naufragium passus est, *l. 26. §. 6. ff. Mandati*, de Jure scripto haud præstare tenetur. Monet tamen post Fabrum *in Cod. de Mandat. definit. 29.* Lautterbach. *ad Pandect. tit. Mandati thes. 36.* æquum esse,

se, ut & in simili casu mandans Mandatarium indemnem servet, ne occasione negotij, seu officij gratuitò suscepti damnum patiatur: quemadmodum in causa vulnerati famuli, propter vulnus in servitio acceptum, expensas in ejus curatione factas à domino refundendas esse, responderunt ICti Lipsienses teste Carpzov. *part. 2. constit. 51. definit. 14. in fine.* Videantur plura apud Lautterbach *in disput. de Nuntio cap. 10. thes. 64.*

3 Ultimò notandum est, quòd, licèt Actiones contrariæ aliàs non soleant esse famosæ, *l. 1. ff. de His qui notant. Infam.* hæc tamen Actio in casu, quo agitur de fide rupta sub specie amicitiæ, seu in casu commissæ perfidiæ, non minùs ac directa infamet: talis casus exstat *in l. 6. §. 5. ff. dict. tit.* quem dilucidat Bruneman. *eodem n. 4.* Titius mandavit mihi, ut pro illo fidejuberem, quod feci rogans, ut intra tres menses mihi solveret, ut me possem liberare, quod quidem promisit, sed promissa sua haud servavit: exinde conventus à creditore solvere debui, si igitur Actionem mandati contrariam adversùs Titium movero, ex qua is condemnatus est, infamis fit. In reliquis, sicut etiam quoad tempus, Actioni directæ assimilatur.

ACTIO

Pro Socio.

SUMMARIUM.

1. *Describitur Actio pro Socio, & ejus subjectum activum & passivum.*
2. *Objectum hujus Actionis ostenditur.*
3. *Quid Juris, si unus pecuniam, & alter operam præstitit.*
4. *Hac Actio non datur pro distrahenda societate, sed Actio communi dividundo, à qua in multis differt.*

1 TRigesima, seu Actio pro Socio non minùs, ac aliæ, ortum habet ex contractu, & quidem Societatis, describíque potest, quòd sit Actio personalis, civilis, rei persecutoria, bonæ fidei, competens inter Socios ad id, quod ratione Societatis sibi adinvicem præstare debent: desumitur hæc descriptio *ex §. 17. & 28. Inst. de Action.* Causa ejus remota est contractus Societatis, proxima est obliga-

ligatio utrinque directa, unde etiam hæc actio utrinque directa est. Competit Socio & ejus Hæredibus contra Socium, & ejus hæredes, *l. 35. & l. 63. §. 8. ff. pro Socio*, non tantùm quando ipse socius societatem contraxit, sed & si jussu ejus cum filio illius, seu etiam cum extraneo Societas inita est, indistinctè enim persona socij principaliter contrahentis spectatur, per textum litteralem in *l. ult. ff. pro Socio*. Dices: per mortem unius socij Societas finitur, *l. 65. §. 9. ff. pro Socio*, ergo nulla erit de hæredibus quæstio. Respondeo, tametsi Societas morte socij extinguatur, effectus tamen Societatis præteritæ in eo sensu adhuc viget, ut hæres bonam fidem, & ea, quæ à defuncto in Societatem debentur, præstare teneatur, *per l. Hæres Socii & l. verum §. in Hæredem ff. pro Socio*. Oldendorp. *Class. 4. Action. 21. n. 5.* Videatur latiùs Lautterbach. *in disput. de transit. Act. thes. 23.*

2 Objectum hujus Actionis est varium: inprimis enim, & quidem in genere competit ad omne id, quod Societatis nomine sibi invicem Socij præstare debent, sive dein ex naturâ contractûs, sive ex pacto & conventione, contractui immediatè adjecta. *l. 73. & 74. ff. pro Socio.* Secundò & in specie, qui administrat Societatis negotium, tenetur exhibere inventarium, vel alio legitimo modo res comunes designare, & administrationis suæ rationes reddere, de quibus Bacchov. *ad Treutl. vol. 1. disput. 27. thes. 10. litt. A.* in qua administrans præter dolũ, & latam, etiam culpam levem præstat. *§. final. Inst. de Societ. l. 52. §. 2. & l. 72. ff. pro Socio.* Carpz. *part. 2. Const. 26. definit. 12.* Tertiò datur hæc Actio, ut socius agnoscat partem damni, quemadmodũ enim lucrũ comune esse solet, ità etiam damnum, *l. cum duobus §. 4. ff. pro Socio.* & sicut hoc etiam ad eum casum extenditur, quo unus ex socijs de suo necessariò, vel utiliter in negotium commune aliquid impenderit, cùm & illud cum usuris, quas de suo percipere potuisset, repetat, ità viatica, & vecturæ sumptus Actione pro socio persequimur. *l. si unus §. si quid unus ff. pro Socio.* Quartò etiam locum habet hæc Actio, quando unus ex socijs aliquid contra pactum contractui adjectum commisit, ut omnia juxta tenorem pacti præstet, *l. & Socijs, ff. eodem.* talia enim pacta contractui bonæ fidei adjecta contractum informant, eandémque Actionem producunt, quæ ex ipso contractu nascitur. *l. Juris gentium 7. §. quinam 5. ff. de Pact. l. in bonæ fidei Cod. eodem.* Licèt autem juxta superiùs adducta socius etiam culpam levissimam præstare soleat, casus tamen fortuiti sunt communes, *l. 52. §. 4. in fine ff. pro Socio*: ex quo textu apparet, non modò hoc intelligendum esse circa res communes, sed etiam proprias socij, si eas necessariò propter Societatem exportârit, ac per consequens illas

illas causâ societatis per talem casum fortuitum amiserit, *per l. 61. ff. pro Socio.*

3 Ex quibus fluit quæstio, quid sit sentiendum in illa contingentia, quâ alius pecuniam, alius verò operam contulit, an nimirum finita societate pecunia cum eo, qui industriam talem contulit, sit dividenda, vel an conferens eam præcipuam habeat? quod posterius affirmo, nisi pacto seu conventione aliud à partibus decisum sit, tantùm enim lucrum ex operâ, & pecunia collata perceptum commune est, nec etiam alia mens contrahentium colligi potest, quoniam conferens pecuniam tantum usum illius, non autem proprietatem contulisse censetur, *Arg. l. 5. §. 2. ff. eodem.* nec pecunia collata, & opera illius necessariò, sed pecuniæ usus, & opera seu exercitiũ artis comparari possunt. Sichard. & Donell. *in l. 1. Cod. de Societat:* & illi qui ad longum referuntur à Struvio *Syntag. Jur. Civil. Exerc. 22. thes. 33.* Cui consequens quæstio deciditur, quòd etiam eo casu, quo pecunia perit, conferenti pereat. *Argum. § 2. Inst. de Societ.* videatur Struvius. *dicto loco thes. 34.*

Circa objectum hujus Actionis ulteriùs singulariter est advertendum, quòd illa non competat pro divisione, & adjudicatione rerum in Societatem collatarum, sed Actio communi dividundo detur. *l. 1. ff. cõmuni dividundo, & l. 13. ff. pro Socio.* Struv. *dict. loco thes. 29.* Lauterbach *ad Pandect. tit. pro Socio thes. 28.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disput. 27. thes. final, in fine.* Secundò differt Actio pro Socio ab Actione communi dividundo, quòd illa, si quis propter dolum est condemnatus, infamet, *l. 1. ff. de His, qui notant. Infamia. §. 3. Inst. de Pœna temerè litigant.* Tertiò, hac Actione conventus non tenetur in solidum, quemadmodum in alijs Actionibus, sed tantùm, in quantum facere potest. *§. 38. Inst. de Action. l. 63. §. 1. & 2. ff. pro Socio.* Struv. *Syntag. Jur. Civil. Exercit. 22. thes. 37.* Schambogen & Vinn. *in dicto §. 38. Instit. de action.* Cœterùm hæc Actio, quemadmodũ cæteræ, durat per 30. annos, quoniam civilis est ex contractu, & rei persecutionem continet. Oldendorp. *Class. 4. Action. 21.* 4

ACTIO

ACTIO

Empti.

SUMMARIUM.

1. *Ostenditur natura, & subjectum activum hujus Actionis.*
2. *Annotatur subjectum, & objectum.*
3. *Quæ dicantur pertinentiæ.*
4. *Quid Juris eo casu, quo contractus claudicat.*
5. *An hæc Actio detur in casu* l. 2. Cod. de rescindend. Vendit.
6. *Diluitur objectio.*
7. *Venditor non tenetur dare, sed solùm tradere.*

TRigesima prima, sive Actio Em-
1 pti est Actio Civilis, *l. proinde 33. ff. de Ædilit. Edict.* personalis, rei persecutoria, §. *17. Instit. de Action.* bonæ fidei, §. *28. Instit. eodem.* competens Emptori ad rem emptam tradendam, & omne id, quod ex hoc contractu eidem venit præstandum. *l. 1. ff. de Action. Empt.* Causa, seu fundamentum ejus remotum est contractus emptionis, & venditionis: proxima est obligatio ex contractu orta. Hæc Actio datur Emptori, qui ipse personaliter, seu præsens aliquam rem emit, *l. 11. ff. de Act. Empt.* aut etiam utilis, ex interpretatione legis nimirum ei, cujus procurator rem emit. *l. 13. §. 25. ff. eodem.* Dices: si quis absens per nuntium emit, datur Actio directa, ergo etiam si per procuratorem. Respondeo, disparitatem in eo esse, quòd, quando quis per nuntium rem emit, obligatio immediatè in ipsius ementis persona radicetur, *l. 14. §. final. & l. 15. ff. de Constit. pecun.* Nuntius enim, qui nudum præstitit ministerium, nullá contrahit obligationem, per consequens nulla ei acquiritur actio. Ratio ulterior est, quia ad hoc, ut quis in contractibus obligetur, aut exinde obligationem & Actionem acquirat, necessariò deposcitur animus se obligandi, *l. 3. §. 1. ff. de Oblig. & Action.* quod in nuntio deficit, cùm ex sua persona nihil agat. Lauterbach. *in dissert. de Nuntio cap. 9. thes. 59.*

Porrigitur adversùs venditorem, 2
ejúsque Hæredes. *l. 47. & l. 52. §. 1. ff. de Action Empt.* Oldendorp. *Class. 4. Action. 1.* Objectum ejus principale est res vendita, agitúrque, ut ea tradatur, §. *1. Inst. de Empt. l. 11. §. 2. & l. 40. ff. de Action. Empt.* nec enim præstando interesse, præsertim eo casu, quo rem tradendi facultatem obtinet, liberatur. Lauterbach *ad ff. in tit. de Action. Empt. thes. 5.* Ut autem res vendita legitimè tradatur, requiritur primò, ut tradatur ejus vacua posses-

possessio, *l. 2. §. 1. l. 3. ff. de Act. Empt. l. 8. Cod. eodem.* dicitur autem vacua, quando venditor in lite de possessione superior est. *l. 11. §. 13. ff. de Act. Empt.* Secundò requiritur, ut eam tradat sub ea qualitate, quâ res vendita est, *dict. l. 11. §. 5. ff. eod.* ubi exemplum proditur, quòd ille, qui Virginem vendidit, obligationi suæ haud satisfaciat tradendo mulierem. Tertiò, ut tradatur libera ab omni servitute reali, seu etiam personali, *l. 15. §. 1. ff. de Evict. l. 61. ff. de Ædilit. Edict.* aut alio quovis onere, v. g. imposita pensione, seu pignoris nexu. Videatur ad longum Lauterbach *dict. loco.* Quartò, plenam oportet fieri traditionem cum omnibus fructibus, & accessionibus post venditionem perceptis, *l. 13. & l. 16. Cod. de Act. Empt.* quod etiam extenditur ad fructus tempore venditionis factæ pendentes, qui quasi pars rei cum re venditi esse censentur, tametsi maturi, & mox percipiendi sint: nisi aliud in contractibus fuerit decisum. *l. 13. §. 10. ff. de Action. Empt.*

3 Dixi, debere tradi *cum accessionibus.* Sunt autem accessiones vel pertinentiæ, quæ extrinsecùs rei accedunt, & mox ab initio jam ac tempore contractûs adsunt, quales sunt v. g. ædium venditarum serræ, claves, claustra, uti apertè describitur *in l. 17. ff. de Action. Empt.* & alia plura, per textus *in l. 17. §. final. l. 14. & l. 15. ff. eodem.* Videatur Wehner in verbo Nagelfest. Quinimo vendito diversorio, & lecti, & alia ad diversorium necessaria vendita censentur, Heig. *part. 2. quæst. 15. n. 15.* Lauterbach. *dicto loco. thes. 27.* ex quo etiam infertur, quòd Castro e.g. vendito, etiam Jurisdictio seu merum Imperium, Jus Patronatûs, aliáque de Jure, consuetudine, vel privilegio cohærentia in venditione inclusa esse censeantur. Bachov. *ad Treutl. vol. 1. disput. 3. thes. 6. litt. F.* Menoch. *lib. 3. præsumpt. 93. à n. 43.* de quibus pertinentijs videatur Gaill. *lib. 2. Observ. 62.* hinc domô venditâ etiam videtur venditum esse Pharmacopolium, aut aliud jus, si ad id in specie privilegiata sit domus, Berlich. *part. 3. conclus. 30. n. 26.* Carpzov. *part. 3. const. 24. definit. 9.* secùs res se habet, si non sit tali privilegiô munita; quo non minùs collimat insinuatio servitutis prædio vendito cohærentis, tametsi enim illa ipso jure in emptorem cum prædio transeat, venditor tamen eam designare tenetur, ne per ignorantiam non utendo amittatur: per text. *in l. 66. §. 1. ff. de contrah. Empt. & vendit.* Præterea competit hæc Actio ad omne id, quod inter contrahentes per pacta directa præstari placuit, *l. tenetur §. 1. ff. de Act. Empt. l. sed Celsus §. ult. ff. de contrahend. Empt.* ratio est eadem, quæ à me sæpiùs est tradita, quòd nimirum pacta in continenti adjecta ipsum contractum informent, eandémque producant Actionem, quæ ex ipso contractu pro-

profluit *l. Juris gentium §. quinimo ff. de Pactis*: ſolent autem præ cæteris frequentiùs adijci pacta de retrovendendo, legis comiſſoriæ, & adjectionis in diem. *Tot. tit. ff. eod. & Cod. de Pact. inter Empt. & Vendit.*

4 Dubium eſt primò, an eo caſu, quo aliquis contractus claudicat, ut una pars ſemper illum retractare poſſit, hæc Actio competat ad hoc, ut altera pars ſe ſecuram reddat, & ut vel contractui ſtet, vel ab eo diſcedat, cogere poſſit? quemadmodum contingere ſolet in minore 25. annis, qui per contractum in pretio læſum ſe dicit: aut ſi quis à Procuratore colludente quicquam emit, vel denique etiam ſi major dolo deceptum ſe affirmat; quibus caſibus hanc Actionem competere ad hoc, ut vel contractum ratificet, vel ab eo diſcedat, ne res in incerto fluctuet, patet ex *l. Julianus §. ſi quis colludente ff. de Action Empt.* Videatur Tiraquell. *de Retract. conſanguin. §. 36. n. 151.* Oldendorp. *Claſſ. 4. Action. 1.* Bruneman. *in dict. l.* & alij paſſim.

5 Dubium eſt ſecundò, quid ſentiendum ſit eo caſu, quo Emptor ultra dimidium juſti pretij læſus, agit adversùs venditorem, ut vel pretium diminuat, vel eo refuſo rem emptam recipiat? ſive, ut apertiùs loquar, an in caſu *l. 2. Cod. de reſcind. Vendit.* hæc Actio ex empto competat? Varia à varijs hoc in paſſu adſtruitur doctrina: alij enim condictionem ex lege in dicto caſu competere contendunt, quia, quotiescunque nova lex eſt introducta, atque ejus nomine nulla Actio expreſſa, toties condictio ex lege locum habet, *l. un. ff. de Condict. ex lege* quos inter eſt poſt Zœſ. *ff. de Reſcind. Vendit. n. 36.* Pinell. *de Reſcind. Vendit. cap. 3. n. 9.* Alij reſtitutionem in integrum concedunt, quæ ex defectu alterius remedij læſis ex æquitate competit *per l. 1. & l. penult. ff. de Reſtit. in integr.* Videatur Hunnius *Variar. reſolut. lib. 3. Tract. 7. quæſt. 16.* Alij denique implorationem Officij Judicis tribuunt. Mihi ea probabilior videtur ſententia, quæ aſſerit, in hoc caſu dari Actionem ex empto. Ratio eſt partim, quòd ad reſcindendum contractum ſæpius dari poſſit Actio ex illo contractu deſcendens, veluti manifeſtè liquet *ex l. ex Empto 11. §. ſi quis Virginem 5. & l. Julianus 13. §. 5. & ſequent. ff. de Action. Empt. l. ſed Celſus § 9. ff. de contrah. Empt. & Vendit. l. 2. Cod. de Action. Empt.* partim etiam, quòd omnia, quæcunque ſunt moris ſeu conſuetudinis, ut Emptori reddantur, aut quidquid ei præſtari æquitas ſuadet, id omne per Actionem ex Empto perſequatur, *per l. quod ſi nolit 31. §. quæ aſſidua ff. de Ædilit. Edict.* ergo legitimè infertur, etiam ea, quæ certo Jure reſtitui debent, in hanc Actionem venire, ſicut magis ex Actione quanti minoris, & redhibitoria infrà exponendis liquebit. Vide Lautterbach *ad ff. de Reſcind. Vendit. theſ. 5.* Bronchorſt.

Cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 70. Struv. *Syntag. Jur. Civil. Exercit. 23. thes. 61.* Wisenbach. *ad ff. disput. 35. thes. 2.* Nec obstant in contrarium allata: Condictio enim ex lege toties competit, quoties alia deficit Actio, éstque solùm remedium extraordinarium, sicut arguitur ex dict. *l. unic. ff. de Condict. ex Lege. l. quoties 41. ff. de Oblig. & Action.* ubi dicitur, quoties nova lex est introducta, & nominatim non sit cautum, ut ex ea lege agamus, toties veteres Actiones competere. Minus negotium facessit opinio asserentium, competere restitutionem in integrum, quoniam nec illa ad omnia ea, quæ ex æquitate præstanda sunt, competit, præsertim eo casu, quo alia Actio conceditur, sicut in Actionibus bonæ fidei. *Argum.* §. *30. Inst. de Action.* Secundò constat, restitutionem in integrum majoribus à jure non esse concessã, nisi in casibus expressis, *l. 28. §. 2. ff. quibus ex caus. Major.* quando nimirùm dolo, vel violentiâ, vel justâ absentiâ aliquâ, alióve probato impedimento læsos se probant. Hartprecht §. *ult. Inst. de Empt. & Vendit. n. 52.* qui contrarias opiniones prolixiùs consutat.

7 Ultimò circa hanc Actionem est singulariter notandum, quòd Emptor haud possit præcisè agere, ut venditor rem venditam det, aut eum illius dominum faciat. *l. 25. §. 1. ff. de Contrah. Empt. l. 30. §. final. ff. de Action. Empt. l. 3. Cod. de Evict.* Ratio à reliquis contractibus exorbitans est necessitas & frequentia hujus contractûs, qui commercio humano præ cæteris deservit. Quodsi venditor Dominus sit, rémque emptori legitimè tradiderit, haud tamen per talem traditionem dominium rei transfert, nisi aut pretium sit solutum, vel de eo alio modo satisfactum, aut Venditor ipse fidem habuerit. §. *4. Inst. de Rer. divis. l. 11. §. 2. ff. de Action. Empt.* Tametsi circa prius punctum, quòd nimirum Venditor non teneatur emptorem facere dominum, in rebus fungibilibus aliter sentiant post Manticam *de Ambig. & tacit. Convent. Tit. 3. n. 21.* illi, qui citantur à Lautterbach *de Action. Empt. thes. 40.* In alijs autem hæc Actio pari passu ambulat cum reliquis Actionibus bonæ fidei.

AC-

ACTIO

Venditi.

SUMMARIUM.

1. *Describitur natura, & subjectum hujus Actionis.*
2. *Emptor tenetur pretium facere venditoris.*
3. *Deducitur objectum hujus Actionis.*
4. *Hæc Actio persequitur id, quod pactô Contractui est adjectum.*

1 TRigesima 2.da, sive Actio venditi est personalis, Civilis, directa, rei persecutoria, bonæ fidei, competens Venditori adversùs emptorem ad pretium, & omne id petendum, quod ipsi ex natura contractûs præstandum. *l. Julianus 13. §. ex vendit. ff. de Action. Empt. l. 1. Cod. eodem.* Causa ejus remota est pariter emptio & venditio, proxima obligatio, non secùs, ac in Actione empti. *Argum. §. 1. Inst. de Empt. & Vendit.* Competit hæc Actio venditori, & ejus successoribus, *l. 10. ff. de Action. Empt.* Utilis etiam conceditur illi, cujus procurator nomine illius quid vendidit; *dict. l. Julianus 13. §. si procurator ff. de Action. Empt.* porrigitur contra emptorem, & ejus Hæredes. *l. 1. Cod. de Action. Empt. l. 2. Cod. de Pact. inter Empt. & Vendit.*

2 Porrò objectum hujus Actionis est persecutio pretij, inter emptorem & venditorem conventi, dictâ *l. Julianus §. 20. ff. de Act. Empt. l. 6. & l. 13. Cod. eodem.* ad quod præcisè solvendum obstringitur emptor, nec enim audiendus est, si loco illius aliud quidquam in solutum dare sit paratus. *l. 2. §. 1. ff. de Reb. Credit.* Non autem sufficit, si emptor solvit simpliciter numerando nummos, sed præterea tenetur eos facere venditoris, *l. ex Empto §. 2. ff. de Action. Empt.* & ratio est, quoniam nummorum absque translatione dominij solutorú nullus esset usus, nec utilitas, *Argum. §. 2. Instit. de Usufruct.* ac propterea emptor nummos alienos solvendo non liberatur ab Actione venditi, sed illa omnino salva remanet; *l. qui servos 7. Cod. de Action. Empt.* Hartprecht *in princip. Instit. de Empt. & Vendit. n. 73.* Lautterbach. *ff. de Action. Empt. thes. 51.* non modò autem Venditori obligatur ad dandum pretium eo casu, quo rem venditam tradidit, sed quando illa penes Venditorem absque ejus culpa perijt. *l. 5. §. ult. ff. de Rescind. Vendit. l. ult. Cod. de pericul. rei vendit.*

 Se-

3 Secundò persequitur hæc Actio usuras pretij à tempore moræ, *l. ex empto 11. §. 20. ff. de Action. Empt.* tenetur tamen Venditor eas singulariter petere, si enim pretium seu sortem solummodò petierit, & acceperit, eas ampliùs exigere nequit, quoniam illæ non jure obligationis, sed solùm Officio Judicis debentur; *l. per collusionem §. 1. ff. de Action. Empt. l. 54. ff. locat. l. in bonæ fidei Cod de Usur.* aliud foret, si de præstandis usuris stipulatio adjecta, seu pactum in continenti appositum foret, tunc enim usuræ debentur ex obligatione, etiamsi nulla commissa sit mora. *l. ini 5. venditoris Cod. de Pactis inter Empt. & Vendit.* ubi adverte, quòd, nisi fides de pretio habita, & necessitas solvendi pretij ad tempus remissa sit, emptor mox à tempore rei venditæ traditæ in mora reali constituatur. dict. *l. 13. §. 20. ff. de Action. Empt. l. 18. §. 1. ff. de Usur. l. 2. Cod. eodem.* Mæv. *part. 3. decis. 11.*

4 Tertiò conceditur hæc Actiò ad persequendum id, quod pactò in continenti adjectò nominatim est comprehensum, ut emptor venditori præstet. *l. qui fundum. l. sed Celsus. l. pacta. ff. de contrah. Empt. & Vendit.* Quemadmodum verò hæc Actio præterea porrigitur ad conventionem inter partes decisam exigendam, vulgo ein Reukauff / Reugeldt / Berlich *part. 1. decis. 44.* ità etiam eo casu, quo venditor ultra dimidium justi pretij læsus est, hanc Actionem intentare potest; *ex l. 2. Cod. de rescind. Vendit.* Oldendorp. *class. 4. n. 7.*

Ultimò Actio Venditi non tantùm persequitur sumptus necessarios, & utiles in rem venditam, post perfectam Emptionem & venditionem, factos, *l. Julianus 13. § præterea 22 ff. de Action. Empt.* sed etiam subinde, & ubi emptio resolvitur, ad rem venditam denuo repetendam cum fructibus, & accessionibus, *per l. si fundus §. eleganter ff. de lege commiss.* ex. gr. si appositum est pactum de retrovendendô, vel pactum legis commissoriæ, aut adjectionis in diem, in quibus vel ad restituendam, vel denuò vendendam rem antecedenter venditam agitur, de quo objectò proliziùs, & ex professo vide Schneidevv. *in §. Actionum Instit. de Action. in Rubrica de Action. Vendit. n. 12.* in reliquis imitatur hæc actio naturam Actionis empti, aliarùmque Actionum bonæ fidei.

ACTIO

Conducti.

SUMMARIUM.

1. *Deribitur Actio Conducti.*
2. *Cui detur, & adversùs quem?*
3. *Objectum illius est varium.*
4. *Quænam requirantur ad hoc, ut pensio remittatur?*
5. *Si sterilitas culpâ conductoris contigit, non remittitur pensio.*
6. *Resolvitur instantia de Ubertate.*
7. *An locator teneatur de furto conductori facto?*
8. *Quales impensas locator conductori refundere teneatur?*
9. *Quid hæc Actio persequatur in conductione operarum?*
10. *Quid de famulis, si morbo impediantur, quò minùs famulitium absolvere possint, an tota debeatur merces?*
11. *Quibus remedijs petatur salarium?*

1 TRIgesima tertia, seu Actio conducti est personalis, Civilis, rei persecutoria, *§. rei persecutoriæ 17. Instit. de Action.* bonæ fidei, *l. præses 17. Cod. de locat.* perpetua, competens Conductori adversùs locatorem ad omnè id, quod ex hoc contractu ipsi præstari oportet. *argum.* text. *in princip. Inst. de Locat. & conduct.* quemadmodum autem in alijs contractibus consensualibus, ita etiam hæc Actio immediatè post perfectum contractum nascitur.

2 Competit illa conductori, *l. ex conducto 15. ff. locat.* & ejus Hæredibus, *l. viam 10. Cod. eodem.* Colono videlicet & Inquilino, qui conduxerunt prædium rusticum, vel urbanum; *l. si merces 25. §. si fundum 1. ff. locat.* Schneidevv. *in dicto §. Actionum in Rubrica de Action. Conduct. num. 2.* adversùs ipsum locatorem, & ejus Hæredes, per dictam *l. 10. Cod. citat. loco.* particularis tamen successor non obstringitur locationi à suo antecessore factæ, qualis est 1. legatarius, 2. hæres in re certa institutus. 3. usufructuarius, qui rei locatæ usumfructum est sortitus, & vicissim 4. proprietarius, qui finitô usufructu proprietatem recuperavit. 5. fiscus rem particularem publicatam occupans. 6. successor feudi. 7. in Majoratu succedens. 8. uxor resolutô matrimoniô dotem recipiens. 9. Maritus rem alteri locatam in dotem accipiens. videatur Bacchov. *in Treutl. vol. 1. disput. 29. thes. 2. litt. E.* Richter. *decision. 81.* & alij relati à Lauterbach *ff. de locat. & conduct. §. 64.*

3 Objectum hujus Actionis varium est pro varijs rebus, quæ in locationem deducuntur, & quidem principaliter est distinguendum inter locationem rerum, & operarum, in priori enim competit hæc actio, ut locator rem locatam in eo statu præstet, quo Conductori eâ liceat uti; *l. si quis 9. §. hic subjungi & l. ex conduct. 15. ff. locat.* quod fieri censetur, si primò locator rem tradat cum instrumentis & alijs accessorijs necessarijs, *dict. l. ex Conduct. §. competit.* secundò si rem locatam præstet usualem, ut Conductor usu illius destinato frui possit, quemadmodum in locatione Ædium si ostia, serras, atque fenestras perfractas reficiat, atque necessarias claves extradat. *dict. l. 15. §. 1. l. 25. & l. 27. ff. eodem.* At verò si locator ipse, vel per alium impedimentum ponat, quò minùs Conductor re locatâ uti possit, tunc ei tenetur ad omne interesse. *l. 15. §. planè & l. si fundus 33. in fine ff. eodem.* Secundò datur hæc actio ad remissionem mercedis, seu pensionis, pro percipiendis fructibus constitutæ, per apertam constitutionem sæpe dictæ *l. 15. §. 2.* in verbis: *si vis, tempestas calamitosa contigerit, an locator conductori aliquid præstare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono præstare debere ait, ut puta fluminum, graculorum, sturnorum, & si quid simile accidit, aut si incursus Hostium, &c.* cui adstipulatur textus *in l. licet certis Cod. eodem,* & *Capitul. propter sterilitatem extra eodem.*

Ad quod tamen quædam requisita concurrere debent, & primò quidem requiritur, ut talis sterilitas proveniat à casu quodam extrinseco, v. g. intemperie aëris, nivium abundantiâ, aut alijs modis, de quibus allegatus textus *§. dict. l. 15.* loquitur. Secundò requiritur, ut talis casus extrinsecè adveniens sit inconsuetus, sicuti ex dicto §. desumitur, quoniam si in aliquo loco similes casus essent frequentes, & consueti, uti de grandine in Longobardiâ crebriùs cadente constat, sibi conductor imputare deberet, quòd conduxerit, nec enim solet fieri mercedis, seu pensionis remissio propter inundationem prædiorum locatorum, quæ aquis ita subjacent, ut sæpenumero inundatio effluat. Tertiò requiritur, ut hæc sterilitas contingat in fructibus nondum perceptis, percepti enim etiam non soluta pensione ipsius sunt conductoris, *l. si opes §. 1. ff. de Furt.* ac propterea ipsorum periculum æquè ac aliarum rerum propriarum subire debet. *Argum. l. damnū 12. Cod. de locat.* Quartò requiritur, ut ipse conductor probet, sibi magnum damnum illatum esse, modicum quippe damnum remissionem pensionis non meretur, per text. *in dict. l. 25. §. 6. ff. locati.* 4

Cæterùm si sterilitas aut conductoris culpâ, veluti si nimis abundantibûs imbribûs sulcos non fecisset, atque propterea segetes, & fructus corrupti essent, aut ex naturâ loci seu 5

ſeu fundi conducti & vitio ipſius rei promanet, quando nimirum fundi ſunt ſaxoſi, ſabuloſi, vel nimio frigore laborantes, ſicuti deſumitur ex *l. 13. ff. de Reb. Eor. qui ſub Tut.* aut denique ſi natura loci inclinatur ad vinum acetoſum, per verba: *ſi Vinum locaverit, cit. l. 15. §. 2. ff. locati.* in omnibus his caſibus ceſſat remiſſio penſionis, ſeu mercedis, & ſibi imputare debet conductor, quòd vel talem fundum conduxerit, vel quòd negligentiam, ſeu imprudentiam in cultu agrorum commiſerit. Quæ hactenus dicta ſunt, haud applicari poſſunt colono partiario, ille enim quaſi ſocius eſt, & caſum, damnúmque & commodum cum domino, ſeu locatore pro diviſo pati debet. *dict. l. 26. §. 6. ff. locat.*

6 Dices: ob inſolitam & nimiam Ubertatem non augetur penſio; per allegatum §. in verbo: *cui immodicum lucrum non offertur*; ergo neque ob caſualem ſterilitatem remittetur. Si rationes diſparitatis in copia deſideras, vide Bachov *vol. 1. diſput. 29. theſ. 7. litt. E.* Mihi ſufficit, quòd uterque de lucro captando certet, & per conſequens melior ſit conditio poſſidentis, & ſaltem in eo Dominus fundi ſeu locator utilitaté habeat, quòd compenſare queat, & conductor pro ſterilitate remiſſionem exigere non poſſit. Vide Bacchovium *dicto loco in fine.*

7 Tertio datur hæc Actio ad recompenſationem omnis damni ex dolo, vel culpâ etiam levi locatoris ipſi conductori illati, quando v. g. equus calcitroſus percuſſit conductorem, aut dolia fuerint vitioſa, ex quibus vinum effuſum eſt, per notat. DD. *in l. ſi addes §. ſi quis dolia ff. eodem.* Circa quam circumſtantiam dubium occurrit, an locator hac actione pulſari poſſit caſu, quo ille Muſæum, ſeu Cameram alicui Studioſo locavit, in qua Studioſo furtum eſt factum, an nimirum rerum ablatarum æſtimationem refundere teneatur? Reſpondeo, regulariter locatorem de furto conductori facto non adſtringi, per textum apertum *in l. dominus 55. ff. locati & l. ex divi 4. Cod. eodem.* idem habetur *in l. 1. Cod. eodem.* Videatur Berlich *part. 2. deciſ. 202.* ac propterea hac actione conveniri non poteſt. Quodſi autem locator in culpa ſit, eò quòd ipſe ædes inhabitet, & de nocte fores non clauſerit, aut illius Cameræ locatæ cuſtodiam in ſe expreſsè aut tacitè receperit, retinendo nimirum claves, aut etiam alio modo ſe ad cuſtodiam obligârit, Lauterbach *ff. locat. theſ. 101.* tunc omnino tenebitur.

Quartò competit hæc actio ad repetitionem expenſarum neceſſariarum, & utilium, quas conductor in re locata fecit, per dict. *l. dominus 55. §. 1.* in verbis: *ſi Conductor ſua operâ aliquid neceſſario, vel utiliter auxerit, vel ædificaverit.* Vallaſc. *de Jure Emphyt. quæſt. 25. à n. 32.* inter illas expenſas veniunt non modò tributa, collectæ, & exactiones, quas colonus propter rem 8

con-

conductam exsolvit, sed etiam sumptus metatorum, vulgò Einquartirungskosten / qui delineantur in *l. 9. Cod. de Metat. & Epim.* Videatur Carpzov. *part. 2. const. 37. definit. 15.* quo loco præjudicium hoc super passu allegat. Dices: præstatio & exsolutio decimarum incumbit ipsi conductori; ergo etiam sumptus metatorum sustinere debebit, utrinque enim eadem ratio pugnare videtur. Respondeo, magnam inter has expensas intercedere differentiam, sumptus enim metatorum reputantur quasi inter casus fortuitos, per ea, quæ tradit Carpzov. *dicto loco*, præstatio verò decimarum est onus reale, quod de corpore fructuum pendi debet, ad quod conductor se tacitè adstrinxisse videtur. per *Capit. 24. & 26. extra de Decimis.*

9 Quòd si autem sit locatio operarum, Actio conducti datur in genere, ut opera promissa à locatore præstetur, vel opus conficiatur aut fabrefiat: ubi tamen dubium est, an locator operæ præcisè teneatur ad operam præstandam, an verò remittendo mercedem, aut acceptam reddendo liberetur? posterius placet, quonam talis locator est debitor facti, qui præstando interesse liberatur. *l. si quis 13. §. final. ff. de Re judicat.*

10 Ex quibus deduces, quòd, si quis famulorum per morbum impeditus fuerit, quò minùs promissum famulitium absolvere potuerit, integram mercedem petere non possit, aut etiam anticipatam pro rata refundere teneatur. per *l. ex conducto §. item cum 6. ff. locat.* Lauterbach. *ff. eodem thes. 105.* Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 24. thes. 22.* Bruneman. *in dict. §. 6.* Dices: Advocati & Professores, quamvis, antequam integrum salarium promeriti sint, moriantur, totum tamen salarium ad suos Hæredes transmittunt, *per l. 1. §. 13. ff. de extraord. cognit.* & plures Authoritates, quas post Carpzov. *part. 2. constit. 5. definit. 10.* allegat. Hartprecht *in principio Instit. de locat. & conduct. n. 51.* ergo etiam in priori casu famulis integra merces debebitur, cùm utrinque per conductorem non steterit, quò minùs opera præstetur. Respondeo, salariũ non simpliciter sub conditione operarum datur, sicut merces, quæ Actione locati petitur, si videlicet operarius seu artifex sibi conduxit opus conficiendum, & primariam causam contractui dedit, intelligitur enim ille locator in locatione operarum, qui contractum primus incepit, salarium autem petitur tantùm extra ordinem. Videantur, quæ insinuat Bruneman. *in l. 1. ff. de Extraord. cognit. & in l. 38. ff. locat.* quæ ipsa lex assertioni meæ graviter obstare videtur, puto tamen subaudiendam esse de eo casu, quo per ipsum locatorem stetit, quò minùs operam præstare potuerit. Dixi, salarium seu Honorarium *extra ordinem* peti debere: quod eo casu verificatur, quo pactum aliquod est Ho-

Honorarium, & eo nomine aliquid certum promissum est. *l. 1. §. 1. 10. & 12. ff. de extraordin. cognit. l. 7. & l. 56. §. 3. ff. mandat.* Struv. *Syntag. Jur. Civil. Exercit. 22. thes. 8.* Wisenbach *ff. de Mandat. thes. 16.* quòdsi enimvero factum aliquod non sit Honorarium, sed locari solitum, atque pro facto promissa est pecunia, erit locatio, *§. ult. Inst. de Mandat.* si alia res quædam, erit contractus innominatus, Bachov. *in Treutl. part. 1. disput. 27. thes. 1. litt. E.* quòdsi autem factum non sit locabile, & aliquid incertum promissum, indistinctè erit contractus innominatus; *l. 5. §. 2. ff. de præscript. verbis.* quibus autem modis factum dicatur non esse locabile, vide Bruneman. *in dict. l. 5. §. 2. ff. eodem.* Sunt quidem, qui Actionem mandati admittunt eo casu, quo pactum de præstando salario mandato immediatè adjectum est, inter quos sunt Treutl. & Lautterbach, sed prior præplacet sententia. Dices: pacta immediatè adjecta informant depositum, *l. 24. & l. 26. ff. deposit.* quibus locis dicitur, Actione depositi usuras pecuniæ depositæ, & per pactum in usum depositarij concessæ peti posse; ergo etiam informari poterit mandatum, quod similiter ac depositum est gratuitum. Respondeo cum Bachov. *dict. loco.* in deposito esse necessitatem informandi, cùm aliàs usuræ peti non possent, secus in mandato, cùm ei aliunde à jure sit prospectum. De hujus Actionis ulteriori objecto conferatur Schneidevv. *in §. Actionum Instit. de Act. in Rubrica de Action. Conduct.* in cæteris hæc Actio tam quoad nativitatem, quàm etiam quoad tempus, quo durat, pari passu ambulat cum reliquis Actionibus bonæ fidei, ex contractibus descendentibus, de quibus frequens mentio facta est.

ACTIO

Locati.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Actio Locati, & cui, & adversùs quem detur?*
2. *Quid persequatur?*
3. *An Conductor teneatur de incendio in Ædibus locatis exorto?*
4. *Quibus casibus liceat conductorem ante locationis tempus expellere?*
5. *Quibus casibus ipse conductor migrare possit.*

1 TRigesima quarta, sive Actio locati assequitur etiam naturam Actionis conducti, in praecedenti deductae, similitérque dici potest esse personalis, rei persecutoria, Civilis, bonae fidei, competens locatori adversùs conductorem, & ejus Haeredes, ad id, quod ipsi nomine contractûs praestandũ est. *Argum. text. in princip. Instit. de Locat. & Conduct.* Quemadmodum verò haec actio locatori conceditur adversùs Conductorem, ità etiam porrigitur tam activè quàm passivè in Haeredes, per *l. Locatus 24. & l. cum conductorem Cod. de Locat. Conduct.* quòd si autem pluribus rem aliquam utendam quis locavit, singulorumque fidem in solidum est secutus, electionem habet, quem ex illis convenire velit, *l. cum apparet 47. ff. locat.* regulariter enim tantummodo pro parte virili conveniri possunt. *l. 13. Cod. eodem.*

2 Persequitur haec Actio mercedem seu pensionem annuam, & quidem post commissam moram cum usuris, propter bonam fidem, quae huic Actioni inest. *l. mora §. in bonae fidei ff. de usur. l. 17. Cod. eodem.* tempus autem, quo merces seu pensio solvi debet, regulariter est, quando usus rei locatae finitus, seu opera confecta est & absoluta, nisi decisio seu conventio partium, vel etiam loci consuetudo aliud obtineat. Lautterbach. *ff. de Locat. thes. 113.* Secundò datur haec Actio ad restitutionem rei locatae, & quidem in eodem statu, quo eam accepit; *Argum. l. non solet 39. ff. locat.* quam restitutionem si recusat reus conventus, eámque usque ad sententiam retardat, tunc praeter ipsam rem etiam aestimationem ejus, ad instar iniqui, & violenti rei alienae invasoris refundere tenetur per *l. Conductores 34. Cod. de Locat. & Conduct.* quam poenam moribus passim abrogatam esse tenet Vinn. *in princip. Inst. de Locat. & Conduct. n. ult.* Tertiò persequitur haec Actio omne damnum à conductore vel dolo, vel etiam culpâ levi in re sibi locata datum, sive dein etiam tertius aliquis damnum dedit, cui conductor resistere potuit, & non fecit, per *l. si de damno 1. ff. locat.* sive ipse conductor damnum dedit; secùs autem est, si tertio illi damnificanti non potuit resistere, *Argum. dict. l. 41. ff. eodẽ.* ea propter etiã de incendio culpâ conductoris levi exorto tenetur, per ea, quae tradit Schneidevvin. in §. *Actionum Inst. de Act. in Rubrica de Action. Locat. n. 24.* Dubium in hoc passu occurrit, an conductor praestet etiam culpam suorum famulorum? Mihi placet id, quod post Carpz. *part. 4. Const. 17. definit. 14.* tenet Lautterbach. *ff. locat. thes. 120.* quòd nimirum conductor similium personarum culpam non aliter praestet, quàm si eam in electione illarum commisit, recipiendo facinorosos in

suam

suam familiam, atque oscitanter absque consideratione eis officium vel negotium committendo.

3 Tertiò competit hæc actio ad hoc, ut finito locationis tempore conductorem expellat. *Arg. l. Æde Cod. de Locat. &c.* Conductor quidem regulariter non potest expelli ante finitum locationis tempus, tametsi alius majorem offerat pensionem, *per l. de fundo 15. Cod. & l. olei Cod. eodem*,

Sunt tamen aliqui casus, queis
4 etiam ante finitum locationis tempus inquilinus expelli potest, & primò quidem, si conventam non solvit pensionem, Argum. à sensu contrario dict. *l. Æde 3 Cod. dict. loco.* quamvis etiam inter Locatorem, & Conductorem fuerit interpositum pactum pœnale de non expellendo, per *l. quaro 54. §. inter Locatorem ff. Locat.* quantum temporis verò conductor pensionem debeat retardare, pulchrè distinguit Schneidevvin. *§. Actionum Instit. de Action. in Rubrica de Action. locat. à n. 19.* Secundus casus, quo conductor ante tempus locationis finitum migrare tenetur, est, quando Locator ædibus conductis ad proprios usus opus habet, per allegat. *l. Æde Cod. Locat.* quod tamen de prædiis Rusticis procedere negat Struv. *Syntag. Jur. Civil. Exercit. 24. thes. 12.* Tertius est, quando ædes conductæ necessariam exigunt reparationem. per *dict. l. Æde & l. qui insulam 30. ff. Locat.* Quartus casus est, quando conductor malè versatur in Ædibus conductis, *dict. l. 3. Cod. eodem.* aut etiam ad alios inhonestos usus eas adhibet, quemadmodum inducendo famosas personas, &c. *Argum. l. Non aliter ff. de Usu & Habit.* in quibus casibus pensio solummodo pro rata præstatur. *alleg. at. ll.*

5 Quemadmodum autem Locator in his enarratis casibus intempestivè potest expellere conductorem, ità conductor ante finitum suæ locationis tempus emigrare, & ædes conductas relinquere potest, quando ei absque sua culpa eas inhabitare non licet, si nimirum pestis, aliáve lues in vicinia grassatur, aut ædes nocturnis spectris, tumultum, vel aliam inquietem moventibus, infestatur. Conferantur DD. ab Hartprecht. *in principio Instit. de Locat. & Conduct.* relati, in quibus similiter pensio pro ratâ præstatur, secùs auté est, si perperàm & sine justâ causâ deseruit rem conductam ante conventum tempus, nihilominùs enim tunc totius temporis pensionem præstare tenetur, per textum in *l. Dominus §. ult. ff. locat.* Circa nativitatem & extinctionem hujus actionis nihil singulariter est deducendum, quoniam in omnibus æquiparatur actionibus bonæ fidei.

ACTIO

Oneris aversi, *ex* l. in navem Saufeij 31. ff. locat.

SUMMARIUM.

1. *Figuratur casus, quo hac actio datur.*
2. *Quid intelligatur sub nomine periculi.*

1 TRigesima quinta actio est oneris aversi, quæ proditur in *l. in navem Saufey 31. ff. locat.* competitque locatori adversus conductorem, qui vel suscepit in se periculum rerum, quæ per mare transvehuntur, vel cui opus aliquod per aversionem locatum est, cujus, donec approbetur, periculum est conductoris, ex gr. si aurifabro massa auri est data ad conficiendum annulum. *l. 36. ff. locat.* ibique Brunnem. Donell. *comment. jur. lib. 13. cap. 9.* vid. relati à Petro Myllero *in Struv. syntag. jur. civil. exercit. 24. thes. 24.*

2 Nomine autem periculi potissimùm intelligunt casum fortuitum, tametsi Castrens. *ad dict. l. in navem Saufey 31. ff. locat. n. 5.* aliter exponat, asserens, quando ex naturâ contractûs præstanda venit culpa levis, intelligi promissam nomine periculi culpam levissimam, si verò aliàs natura contractûs culpam levissimam importat, censeri casum inopinatum esse promissum; potest igitur etiamnum hodie habere locum hæc actio casu, quô mercator per pactum assecuravit merces per mare portandas, atque certâ acceptâ mercede periculum in se suscepit, videatur Castrens. *ad dict. l. 31. ff. dict. loc.* Oldendorp. *class. 4. act. 10.* secùs foret, si stipulatio interposita esset, tunc enim haud dubiè daretur actio ex stipulatu. Vid. Castrens. Salicet. & Brunneman. *ad dict. l. in navem. 31. ff. locat.* Haersolte *in advers. de action. part. 3. act. 34.*

ACTIO

Seu Condictio ex L. conductores 33. Cod. de locat. & conduct.

SUMMARIUM.

1. *Definitur hac condictio.*

2. *Quibus, & adversùs quos detur.*

1 TRigesima sexta actio, & quæ ex locatione oriri potest tertia, est condictio *ex l. conductores 33. Cod. de locat. & conduct.* quâ convenitur conductor, si elapsô tempore locationi præfixô, absque justâ & legitimâ causâ migrare recusat, litémque desuper cum locatore contestatus est; describitur esse actio Civilis, personalis, in duplum concepta, partim rei persecutoria, partim pœnalis, cujus causa remota instrumentalis est injusta emigrationis recusatio, proxima est obligatio.

2 Datur locatoribus, & eorum hæredibus, adversùs conductores, ad hoc, ut rem locatam restituant, simul ac ejus æstimationem, si ante sententiam condemnatoriam non restituant, præstent; datur & adversùs hæredem, sed scientem. Salycet. & alij relati à Brunnem in *Cod. ad dict. l. 33. n. fin.* Haersolte *dict. part. 3. act. 35.* Dixi, *absque justâ causâ*, si enim aut ob erogatas expensas, aut quod tempus locationi definitum nondum sit elapsum, vel denique alia subsit justa renuendi causa, migrationem recuset conductor, hæc actio effectum non sortitur; Brunneman. *in cit. l. 33.* cœteroquin ad instar aliarum condictionum est perpetua. Haersolte *dict. loc. n. fin.* Priori haud multùm dissimilis est condictio, quæ deducitur ex *l. si quis conductionis Cod. de locat.* quæ pariter indulta est locatori finita locatione, ad rem conductam sibi restituendam, si conductor referat quæstionem dominij, ad hoc, ut, antequam causa petitorij expediatur, possessionem rei locatæ restituat, & dehinc denuò processus petitorius deducatur. conferatur Salycet. & prolixiùs deducens Sichard. *Cod. ad dict. l.* Haersolt. *in advers. de action. part. 3. act. 26.*

ACTIO

Præscriptis verbis.

SUMMARIUM.

1. *Describitur contractus innominatus.*
2. *Explicatur articulus, do, ut des.*
3. *An aliqua sit differentia inter contractum innominatum do, ut des, & permutationem?*
4. *Sententia negativa defenditur.*
5. *Diluuntur rationes affirmativæ.*
6. *Refutatur instantia Lauterbachij.*
7. *Exponitur articulus do, ut facias.*
8. *Declaratur articulus facio, ut des.*
9. *Proponitur articulus, facio, ut facias.*
10. *An assecuratio sit contractus innominatus?*
11. *Simile dubium est de Cambio.*
12. *Quid sentiendum de suffragio & sponsionibus?*
13. *Quid sit contractus æstimatorius.*
14. *Cujus sit periculum rei æstimatò datæ.*
15. *Annotantur quædam præliminaria de actione præscriptis verbis.*
16. *Descriptio hujus actionis adducitur.*
17. *An sit bonæ fidei, vel stricti juris hæc actio.*
18. *Deducitur subjectum activum.*
19. *Quid juris in casu, quo res data est, ut aliquid fiat, si postea res evincatur.*
20. *Dilucidatur ulteriùs, cui hæc actio competat.*
21. *Resolvitur alia instantia.*
22. *Datur etiam facienti, ut alter vicissim faciat.*
23. *An locum habeat in transactione?*
24. *An competat in precario.*
25. *Delineatur ejus objectum.*

1 TRigesima septima est actio *præscriptis verbis*; antequam autem hæ actiones ex indeterminatis negotijs profluentes exponantur, necessum erit, paulisper prædicta negotia seu facta, tanquam causas harum actionum, dilucidare: quô in passu præprimis advertendum est, contractum innominatum nihil esse aliud, quàm contractum seu negotium proprio & specificô nomine carens, quô ab unô aliquid præstatur, ut alter vicissim aliquid præstet, *l. juris gentium. §. 2. ff. de pact. l.* na-

naturalis 5. cum seqq. §. §. ff. de præscript. verb. &c. ita quidem, ut semper interventu rei perficiantur, neque ad perfectionem horum negotiorum sufficiat solus consensus, aut conventio contrahentium, sed ad essentiam & perfectionem obligatoriam necessarius sit rei interventus, seu traditio, aut actualis præstatio, datio, vel denique factum; *l. 1. §. 2. ff. & l. ex placito Cod. de rer. permut. dict. l. 5. ff. de præscript. verb.* Gudelinus *de jur. noviss. lib. 3. cap. 4.* & quamvis hodiernis moribûs juxta decantatum DD. Brocardicum, ex nudô pactô nascatur actio, haud tamen sequitur, etiam circa contractus hoc immutatum esse, ac proinde hodie contractus innominatos nudô pactô perfici: ratio est, quoniam partes in præparatorijs sese efficaciter obligare non censentur. vide tradita à Carpzov. *part. 2. constit. 33. definit. 23.* & Lauterbach *in Pandect. de action. æstimat. thes. 3.*

2 Porrò contractuum innominatorum articuli plerumque constituuntur quatuor; & primus quidem est, *do, ut des*, veluti do tibi pecuniam, ut mihi des Stychum servum tuum, *l. fin. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* do tibi scyphos, ut mihi Stychum des, *l. 5. §. 1. l. 25. ff. de præscript. verb.* vide speciem propositam *in l. 13. §. 1. ff. eod.* quæ quasi mixta & irregularis est, datur enim ibi area, ut fiat insula, & pars ejus restituatur. vid. Molina *de J. & J. tract. 2. disput. 253. n. 5.*

Hîc tamen infesta, & plus molestiæ quàm utilitatis continens quæstio occurrit, an permutatio ab ipso articulo, do, ut des, distet, & aliquod essentiale discrimen intercedat? Differentiam agnoscunt cum Wisenbach *ff. de rer. permutat. num. 10.* plurimi ex antiquioribus, quos refert Lauterbach *ad Pandect. eod. thes. 18.* quoniam in permutatione species pro specie, in contractu autem do, ut des, genus pro genere, vel species pro genere, aut vicissim genus pro specie dari solet, cujus ingeniosam, sed solùm conjecturalem rationem dat Jason in *l. 2. ff. de reb. credit.* quòd videlicet particula *per* significet perfectam mutationem, quæ tantummodò in speciebus contingere solet. Secundum, quô nituntur, fundamentum est, quòd contractus do, ut des, sit stricti juris, ex ratione, cùm quòd *in §. 28. Instit. de action.* nulla ejus fiat mentio, tum etiam & quidem præcipuè, quòd hic contractus do, ut des, ex una saltem parte obliget, eum nimirùm solùm, cui res data est, seu tradita, tales verò contractus unilaterales, seu ex una parte obligatorij stricti juris sunt, permutatio autem est bonæ fidei, quoniam in *alleg. §. 28.* singulariter expressa, & inter contractus bonæ fidei relata est; tertiam differentiam in eo plurimùm statuunt, quòd in permutatione semper & indistinctè præcedere debeat conventio seu pactum de permutando, quòdsi simile non præmittatur pactum, nullam permu-

mutationem intelligi posse, per text. *in l. 3. l. 4. & 7. Cod. de rer. permut.* Secus esse ajunt in contractu do ut des, qui nullam præcedentem sibi deposcit conventionem, sed vires immediatè à rei datione recipit, satis enim is, qui rem tradit, demonstrat, se ideò dare, ut rem aliam accipiat. Hæc & plura alia, in quibus tamen & ipsi non conveniunt adversarij, pro adstruendo discrimine adducunt argumenta.

4 His autem non obstantibus, cum Struvio *Syntagm. jur. civil. exerc. 25. thes. 15.* Wesenbec. *ad Pandect. disput. 38. thes. 1.* Bacchov. & Hunnius *in Treutl. vol. 1. disput. 30. quæst. 9.* & alijs pluribus recentioribus, nullam inter permutationem & contractum, do, ut des, agnosco differentiam, per textum sat apertum in *l. 5. §. 1. ff. de præscript. verb.* quô locô Paulus ICtus contractum, do, ut des, ab emptione distinguit, & distinctionis rationem dat, *quia non placet permutationem emptionem esse*, quæ ratio haud dubiè incongruens foret, si permutatio à contractu, do, ut des, esset omninò discreta, & sejuncta. Secundò non exiguam hæc assertio firmitatem sortitur ex *l. 1. ff. de contrah. empt. & vendit.* quô locô, sicut & in alijs pluribus, nulla adstruitur differentia, quàm illa, quæ inter emptionem & venditionem ex una, ex altera autem parte inter permutationem intercedit, nec etiam credendum est, si aliqua foret differentia inter permutationem & contractum, do, ut des, eam à Jurisconsultis fuisse dissimulatam.

Rationes in contrarium allatæ 5 adversarijs nihil suffragantur; ad primum namque respondeo cum Hunnio & Bacchov. *dict. loc.* Struvio *in suis Evolut. exercit. 15. thes. 16.* eam nullò juris fundamentò solidari, sed tantummodò ab Authoribus commentam esse, quod satis probatur ex *l. 5. §. 1. ff. de præscript. verb. l. 1. ff. de contrahend. empt. & vendit. §. 2. Instit eod.* & quidem singulariter ex *dict. l. 5. §. 1.* ubi contractus do ut des celebratur, quando scyphi, qui haud dubiè sunt certi, pro Stycho individuo & re specificâ dantur. Similiter & pari jure negatur secunda assertio, ea quippe præsupponit, permutationem à contractu do, ut des, esse distinctam, quod est mera repetitio principij, & pro fundamento habet, quod in quæstionem cadit. Tertia ab adversarijs allata ratio refutatur ex textu *in l. 1. §. 2. ff. de rer. permutat.* ubi asseritur, permutationem *initium* capere *ex re tradita*; tametsi verò passim, & quidem in textibus in contrarium allegatis, fiat mentio *placiti*, illud tamen nihil confert, quoniam vocabulum *placiti* pro ipsa permutatione accipi potest, & quemadmodum sæpenumerò contractus nomine *pacti*, seu *placiti* veniunt, *l. 71. ff. pro soc.* ita etiam, licet aliquando talis conventio præcedat, necessum tamen non est, ut illa quasi essentiale requisitum præmittatur.

In-

6 Instat Lautterbach. *ff. de rer. permutat. thes. 18.* in eo saltem casu contractum do, ut des, latiùs diffundi contendens, quô res aliqua eâ lege data est, ut non alia ejus locô, sed illa ipsa vel sola, vel cum alia reddatur; aut denique si quis sponsionis causâ annulos vel aliud munus accepit, ut det victori, per ea, quæ deducuntur in *l. 17. §. 5. ff. de præscript. verb.* in quâ facti contingentia verus est contractus do, ut des, nullô autem modô evinci potest, esse permutationem, ergò necessariò admittenda erit aliqua differentia permutationem inter, & contractum do, ut des. Mihi videtur hæc instantia assertioni meæ haud refragari, quoniam casus & contingentia à Lautterbach *cit. loc.* efformata, & facti species in *dict. l. 17. §. 5. ff. de præscript. verb.* producta non importat contractum innominatum do, ut des, sed potiùs *do, ut restituas*, vel *do, ut facias*, vel *des alteri*, quales sensus & conventiones hoc locô à me in controversiam non deducuntur, quoniam juxta communem sententiam contractus do, ut des, semper importat aliquam rem *dare*, ut alia sive in specie, sive in genere *detur*, vid. *l. 18.* & *l. final. ff. de præscript. verb.* quô in sensu semper esse permutationem, defendi potest.

7 Secundus articulus est *do, ut facias*, quô aliqua res eâ lege datur, ut alter aliquid locô accepti faciat. *l. 5. §. 2. ff. dict. tit. l. 6. ff. eod.* ad cujus essentiam requiritur, ut dominium rei in accipientem transferatur; *l. 1. §. 3. ff. de rer. permutat.* exinde constat, eum, qui rem alienam eâ lege dat, ut accipiens aliquid faciat, haud habere actionem præscriptis verbis ad implendum contractum, sed tantùm ad rem repetendam, per text. *in l. 1. §. 4. ff. de præscript. verb.* proximam necessitudinem contractus iste cum locatione & conductione habet, differt tamen in aliquibus, & præsertim in eo, quòd certa merx non constituatur.

Tertius articulus est *facio, ut des*, ad quem sequentia exempla referenda veniunt: do tibi rem meam utendam, ut aliquid mercedis locò præstes, *l. 22. ff. de præscript. verb.* indico tibi tuum servum fugitivum, ut mihi mercedem eo nomine des. *l. 15. ff. eod.* discedo à lite, ut partem bonorum suscipiam. *l. 6. Cod. de transaction.* 8

Quartus & postremus regularium contractuum innominatorum articulus est, *facio, ut facias; l. 5. §. 4. ff. de præscript. verb.* cognationem habet cum mandato, ab illo tamen differt, cùm mandatum sit gratuitum, hoc autem per factum compensetur. Exempla hujus contractûs vide *in l. 9. l. 19. & 25. ff. cit. tit.* & ad longum in Collegio Argentorat. *ff. de præscript. verb.* Bocer. *act. class. 2.* di- 9

disput. 13. advertendum tamen in his articulis, eos ſubinde concurrere, & plures illorum confundi, quemadmodum patet in exemplo, quando alicui trado veſtimenta polienda, nullâ ab initiô certâ mercede conſtituta, ſed primùm poſtea decernendâ, in hoc caſù facio ego, ut tu facias, & tu facis, ut ego tibi dem. *l. 22. ff. eod.* non abſimilis caſus eſt in *l. 24. ff. de præſcript. verb.*

10 Ad contractus hos innominatos plura negotia, generale nomen obtinentia, referuntur, & primò quidem *aſſecuratio*, quæ eſt contractus, ſeu negotium, quô quis incertum periculum mercium aliò transvehendarum acceptat, ut ipſi præmium detur, vel ſaltem promittatur; quamvis etiam aſſecurationis contractus paſſim pro emptione & venditione habeatur, confer. Alvar. Valaſc. *conſultat. 64. num. 1.* & Molina *de Juſtit. & Jur. tract. 2. diſp. 507.* ex ratione, quòd pro certo pretio ſuſceptio periculi vendatur, ſeu obligatio ſolvendi æſtimationem rei peremptæ, non ſecùs ac jactus retis ſeu incertus eventus emi ſolet: *l. ſi jactum ff. de action. empt.* quæ aſſertio magis videtur confirmari per *l. periculi pretium ff. de Nautic. fœnor.* quidquid autem ſpecioſæ apparentiæ habeat hæc opinio, mihi tamen ex eo diſplicet, quòd periculum rei transferendæ etiam gratis ſuſcipi poſſit, ideóque contractus hic aſſecurationis vagâ, atque indeterminatam naturam habere videatur, proinde cum Adamo Struvio, & pluribus ab eo citatis *dict. Exercit. 25.* eundem inter contractus innominatos refero. De juſtitia & requiſitis hujus contractûs vide laudatum Molinam *de I. & I. dict. loc.*

Secundò ad contractus innominatos reducendum eſt *Cambium*, 11 quod in genere & latè ſumptum nihil eſt aliud, quàm permutatio pecuniæ cum pecunia; dividi ſolet in Cambium manuale, & Cambium litterarium: prius eſt, quando minuta pecunia cum aliâ grandiori monetâ commutatur; poſterius dicitur, quando pro pecunia in uno loco data, alia æquivalens, interpoſitâ aliquâ mercede in alio locô datur; ille verò, qui pecuniam transferendam ſeu tranſcribendam pro mercede ſuſcipit, dicitur Campſor. Videatur Stypamn. *de jur. maritim. & nautic. part. 4. cap. 8.* Hodierno ſtatui Cambia ubique locorum ſunt uſitata, & adeò neceſſaria, ut, ſi ea ceſſarent, præcipuus mercaturæ & commerciorum uſus perimeretur. Speidelius *in ſuo ſpecul. in verb.* Wechſel. Molin *de I. & I. tract. 2. diſputat. 403.*

Tertiò contractuum innominatorum naturam aſſumit *Suffragium*, 12 quod non eſt aliud, quàm dare alicui quidquam, ut apud Principem pro dante intercedat, eíque ſuffragium ferat. *l. unic. Cod. de ſuffrag.* & *ibid.* Interpp. Quartò

tò dubium est circa *mutuas sponsiones*, an & illæ contractibus innominatis accenseri debeant? Est autem *Sponsio* nihil aliud, quàm contractus, quô unus pro unâ, alius verò pro alterâ parte pecuniam vel aliud quidquam in eventum spondet. Molina *de Just. & Jur. tractat. 2. disput. 508.* justum verò censetur negotium, si utrinque idem, ac æquale sit eventûs periculum, solétque plerumque fieri circa futurum contingens, quod in utramque partem evenire potest, de cujus Justitia vide illa, quæ citantur à Covarruv. *in Regul. peccat. part. 2. §. 4. num. 2.* Porrò pro resolutione dubij adverte, hoc negotium, si aliquid sponsionis causâ datum sit, nullâque interjecta fuerit stipulatio, similiter inter contractus innominatos recenseri. *l. 17. §. fin.* & *ibid.* Gloss. *ff. de præscript. verb.* Lautterbach. *ff. de Aleat. thes. ult.*

13 Ultimum locum inter contractus innominatos sibi vendicat *contractus æstimatorius*, quô res certô pretiô æstimata datur eâ lege vendenda, ut accipiens vel rem illam reddat, vel pretium conventum solvat. *l. 1. ff. de æstimat.* Est irregularis, & à natura reliquorum contractuum innominatorum exorbitans magis indoli nominatorum appropinquat, unde dubium olim erat, utrum hoc negotium emptionis, aut conductionis, vel denique mandati vices obiret, per text. litteral. in dict. *l. 1. ff. de æstimat.* cum quibus contractibus proximam habere similitudinem exinde patet, quòd, quando res certô pretiô æstimata vendenda gratis accipitur, tunc proximè accedat mandato, si verò eo nomine merces promittitur, seu datur, locationi; unde ad contractum æstimatorium à reliquis separandum tenent citati apud Lautterbach. *ff. eod.* in eo dominium transferri; ac propterea, si quis aliquem rogaret, ut rem certô pretiô taxatam suo nomine venderet, neutiquam contractum æstimatorium, sed, si gratis fieret, mandatum, si interveniente mercede, locationem esse censeo, nec enim talis æstimatio contractum mandati alterat; *argt. l. 5. §. 3. ff. mandat.* minùs eo casu contractus æstimatorius exsurgere potest, quô res certô pretio æstimata eo fine traditur, ut res fiat accipientis, & se ad pretium numerandum obliget, quoniam talis contingentia veram generat emptionem; necessum itaque est, ut rei traditæ redditionem, aut pacti pretij exsolutionem promittat. *l. 1. §. 1. ff. de æstimator.*

Ex quibus illa oritur controversia, cujus nimirùm sit periculum rei æstimatò datæ? quæ difficultas omninò resoluta esse videtur in *l. 17. §. 1. ff. de præscript. verb.* cujus verba formalia apponere libet: *si margarita tibi æstimata dedero, aut ut eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde* 14

de hæc perierint ante venditionem, cujus periculum ſit? & ait Labeo, quod & Pomponius ſcripſit, ſiquidem ego te rogavi, meum eſſe periculum, ſi tu me, tuum; ſi neuter noſtrûm, ſed duntaxat conſenſimus, teneri te hactenus, ut dolum & culpam mihi præſtes; &c. E diverſo textus in *l. 1. §. 1. ff. de æſtim.* contextui allegatæ *l. 17. §. 1. ff. de præſcript. verb.* adverſari videtur, dum ait, *æſtimatio autem periculum facit ejus, qui ſuſcepit, aut igitur ipſam rem debebit incorruptam reddere, aut æſtimationem, de quâ convenit.* Variæ hac ſuper re ſunt DD. opiniones, quemadmodum videre eſt apud Gloſſ. *in cit. L.L.* Wiſenbach, & Struvium *ff. hic*, qui prioris legis contextum defendunt, aſſerentes, *dict. l. 1. §. 1. ff. de æſtimat.* loqui abſolutè, *l. 17. §. 1. ff. de præſcript. verb.* autem limitatè, ita ut tunc accipiens ſe ad periculum, & alternativè vel ad rem reddendam, vel pretium refundendum obligâſſe cenſeatur, quando ipſe Dominum rogavit, & roganti ea lege res tradita eſt, ut vel rem, vel definitum pretium reſtituat; unde ait Lautterbach *ff. de æſtimat. theſ. 16.* textum generalem *in l. 1. §. 1. ff. dict. tit.* explicandum eſſe per ſpecialem *in cit. l. 17. §. 1. ff. de præſcript. verb.* ſi autem accipiens non rogavit, nec expreſsè ſe ad alternativam obligationem adſtrinxit, tunc ſolùm ad venditionem tenetur de dolo, & culpâ. aliter Bacchov. Franzk. & plurimi: inde conſequenter fluit, quòd, ſi res pluris ſit vendita, quàm pretium fuerit determinatum, lucrum ſit accipientis, per verba finalia præcitatæ *l. 1. §. 1. ff. de æſtimat.* niſi aliud contrahentibus placuerit, vel in genere ſolùm, & nullô certô pretiô æſtimata, aut denique eum expreſſum in finem fuerit tradita, ne minoris venderetur, tunc enim omne additamentum pretij reddere accipiens tenetur. vide citatos à Struvio *ſyntagm. jur. Civil. exercit. 25. theſ. 6. in fin.*

Prænotatis igitur quibusdam, 15
circa hæc negotia innominata neceſſarijs, denuò ad propoſitum meum digreſſum facio, & actiones, quæ ex his deſcendunt, ulteriùs explanare pergo, ubi tamen aliunde ſat liquidum eſt, non à ſingulis contractibus innominatis ſingulas, quemadmodum in nominatis, produci actiones, ſed unam omnibus communem, quæ præſcriptis verbis appellari conſuevit, non quidem à ſola Etymologia, ſecundùm quam omnis actio, ſaltem ſpectato veteri producendi modò, præſcriptis verbis dici poteſt, quoniam olim actiones à Prætore impetrari debebant, qui certas formulas præſcribebat, ac proinde omnes certa verba præſcripta habebant; ſed ratio nominis potiùs ex eo deſumenda venit, quòd ſæpenumerò negotium aliquod inter partes celebretur, de cujus conve-

venienti, & à jure assignato nomine ambigitur, æquum tamen est, ex illo aliquam oriri actionem, & propterea publicæ utilitatis causâ inventa & recepta est actio generalis, quæ similibus contractibus seu indeterminatis negotijs accommodari potest, unde actio præscriptis verbis secundùm verba partium contrahentium, non secundùm verba Prætoris vocatur; de ratione hujus nominis vide plura apud Manz. *de act. præscript. verb. n. 8.* Subinde appellatur actio in factum, *l. 12. & l. 22. in fin. ff. de præscript. verb.* cùm rem, quatenùs illa gesta est, demonstret; subinde dicitur actio incerti, *l. 7. §. 2. ff. de pact. l. 19. §. 2. ff. de precar.* ex ratione, quòd detur ad id, quod interest, *l. 5. §. 1. ff. de præscript. verb.* interesse autem est difficilis probationis, ac per consequens incerta semper quantitas; *l. ult. ff. de stipulat. prætor;* subinde denique audit actio incerta, *l. 6. Cod. de rer. permutat.* quia ex contractibus profluit, qui nullo certô nomine notati sunt. aliter sentit Manzius *dict. loc. num. 10.*

16 In genere igitur describi potest, quòd sit actio civilis, personalis, rei persecutoria, perpetua, ex contractu innominato descendens, quæ competit ad contractus innominatos complendos; causa ejus remota est contractus innominatus, proxima est obligatio. *Civilis* dicitur, cùm jure civili, seu ex interpretatione prudentum introducta sit, *l. 7. §. 2. ff. de pact.* & *ibid.* ad longum Cujacius, *arg. l. 6. Cod. de transact.* Wisenbach. *ad Pandect. disputat. 18. thes. 2. num. 13.* prodita enim est in subsidium & defectum aliarum actionum ex contractibus innominatis promanantium, quoties enim ordinaria & nominata actio competit, toties hæc actio regulariter locum non habet, per text. *in l. 1. l. 2. & 3. ff. de præscript. verb.*

Ambigitur ulteriùs circa hanc actionem, an illa sit bonæ fidei, vel stricti juris? quô locô communis est opinio, dissentiente Hotomanno, hanc actionem regulariter esse stricti juris, teste Hartprecht *in §. actionum Inst. de action. num. 89.* ratio fundamentalis est, quoniam Imperator Justinianus solùm actionem præscriptis verbis, quæ ex æstimato & permutatione originem habet, inter actiones bonæ fidei collocavit, ergo cœteras manifestè exclusisse videtur, nec enim ratio esset, propter quam hos duos solùm casus excepisset, si omnis actio præscriptis verbis bonæ fidei foret, ac propterea illud Brocardicum locum habet, *inclusio unius est exclusio alterius;* Bacchov. *in tractat. de action. disput. 6. thes. 8.* ratio autem, cur in duobus solùm casibus hæc actio sit bonæ fidei, tum à me sufficienter in *præliminar. observat. 8. n. fin.* data jam fuit, tum etiam hæc est, quia permutatio & contractus æstimatorius proximè accedunt emptioni & locationi. *l. 2. Cod. de rer. permutat.* 17

18 Subjectum activum hujus actionis constituunt personæ, queîs illa competit; & primò quidem datur illi, qui animô permutandi aliquam speciem, seu rem dedit, ut ipsi alia res, seu species ejus commodo magis deserviens reddatur, *l. 2. & l. rebus 6. Cod. de rer. permut.* requiritur enim necessariò, ut agere volens rem tradiderit, videantur illi, quos allegat Lauterbach *ff. de præscript. verb. thes. 21.* & quidem rem propriam; *l. 1. §. 3. ff. de rer. permutat. l. 5. §. 2. ff. de præscript. verb. & in fact. action.* Secundò datur illi, qui rem certô pretiô æstimatam vendendam tradidit, quo casu æstimatoria vocatur. *l. 1. §. 1. ff. de æstimat. action.* Tertiò conceditur ei, qui rem quandam, seu speciem dedit, ut alter aliquid faciat, *l. 5. §. 2. l. 6. ff. de præscript. verb.* ubi similiter requiritur, ut ex conventione res tradatur, seu dominium transferatur, per *dict. l. 1. §. 3. ff. de rer. permutat.* & *l. 5. §. 2. ff. de præscript. verb.* ac proinde si quis rem alienam dedit, eam quidem condicere, non autem ad implendum agere potest. *dict. l. 1. §. 4. ff. de rer. permut.*

19 Illo casu res difficultatis extrema patitur, quo ex. gr. Titius dedit Mævio Servum, ut Sejum manumittat, postquam verò Sejus à Mævio manumissus est, Servus à Titio datus evincitur, qualis hoc casu Mævio adversùs Titium concedatur actio? Textus enim in *l. 7. §. 2. ff. de pact.* videtur concedere actionem præscriptis verbis, verba sonant: *dedi, ut aliquid facias, & hoc Synallagma, id est, contractū esse, & ideò puto, rectè Julianum à Martiano reprehensum esse in hoc: dedi tibi Stychum, ut Panphilum manumittas, manumisisti, evictus est Stychus, Julianus scribit, in factum actionem à Prætore dandam, ille ait, civilem incerti actionem præscriptis verbis sufficere, esse enim contractum, quod Aristo Synallagma dicit, unde hæc actio nascitur.* Econtra textus in *l. 5. §. 2. ff. de præscript. verb.* actionem de dolo in illa figurâ concedere videtur; verba pariter sunt: *Sed si servum tibi dedi, ut servum tuum manumitteres, manumisisti, & is, quem dedi, evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit, si ignorans, in factum Civilem.* varias & ad longum deductas harum legum conciliationes si desideras, vide Nicolaum de Passeribus *in tractat. de conciliat. contrar. leg. part. 1. quæst. 6.* Mihi cum Hunnio *in Treutl. vol. 1. disput. 30. quæst 11.* Vinnio *selectar. quæst. lib. 1. quæst. 46.* Adamo Lauterbach *ff. de præscript. verb. thes. 7.* & Struvio *eod. thes. 27.* videtur in hac contingentia Mævio omninò competere actio præscriptis verbis, cujus ratio est partim, quòd Juliani sententia solummodò referatur, & non probetur, quin imò à Martiano & Ulpiano reprehendatur in *dict. l. 7. §. 2. ff. de pact.* partim, quòd ille, qui dedit

dit rem alienam, sive scienter, sive ignoranter, ex parte sua contractum adimplevisse non censeatur, adeóque antiqua competat actio. Adam. Struvius in *dict. loc.* putat, quòd Paulus *in l. 5. §. 2. ff. de præscript. verb.* non totam Juliani assertionem referat, sed solùm partem, ac per consequens verba finalia *dict. §. 2. si ignorans, in factum Civilem*: de ipsius Pauli sententia esse intelligenda, duo enim asserere Julianum, primò, contra eum, qui scienter rem alienam dedit, dari actionem de dolo, adversùs illum, qui ignoranter, actionem prætoriam; posteriorem partem non referri in *hac l.* à Paulo, sed solùm priorem, & ultima verba esse Pauli. Cujacius in *l. 7. §. 2. ff. de pact.* existimat, vocabulum *Civilem* esse additamentum Triboniani. vide Struvium *dict. loc.*

20 Quartò competit actio præscriptis verbis illi, qui aliquid fecit, seu factum aliquod præstitit, ut alter aliquid det, vel locò facti aliud quidquam restituat. *l. 15. l. 22. ff. de præscript. verb.* | *l. 6. Cod. de transact.* consulantur plura, apud Hunnium *in Treutl. disput. 30. quæst. 12.* quo casu tamen haud absimilis priori exoritur controversia, & assertioni meæ sequentes textus adversari videntur; primò text. *l. 5. §. 3. ff. de præscript. verb.* ubi dicitur: *ut faciam, ut des, & postquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, & ideò de dolo actio dabitur.* Secundò *l. 15. in fin. ff. eod.* Tertiò text. *in l. 4. Cod. de dol. mal.* quæ leges, quia in supra adductâ contingentiâ actionem de dolo, exclusâ actione civili præscriptis verbis, admittunt, communis ferè earum conciliatio, post Azonem, & Accursium est, quòd, quando ex facto aliquid ad alterum, qui dare deberet, pervenit, seu aliqua utilitas exinde in eum redundavit, detur actio præscriptis verbis, juxta textus priores in *l. 15. & 22. ff. de præscript. verb.* ac *l. 6. Cod. de transact.* si autem nulla ex facto præcedente ad eum, qui dare deberet, resultet utilitas, actio de dolo competat, juxta textus posteriùs allatos; videatur Brunnem. in *dict. l. 4. Cod. de dol. mal.* Bacchov. *in Treutl. disput. 30. vol. 1. thes. 10.* Hahn *in Wesenbec. ff. de præscript. verb.*

Tametsi ista opinio magnam, & ferè communem obtineat auctoritatem, mihi tamen hæc distinctio vix ac ne vix quidem rationi juris sat convenire videtur, tum, quia in *l. 15. ff. de præscript. verb.* licet indicanti servum fugitivum nihil absit, propter præcedentem tamen pactionem seu conventionem *negotium aliquod geritur*, ut ait Ulpianus, *ex quo civilis actio oritur*; & quamvis subjungat, *nisi quis in hac specie de dolo actionem competere dicat*, priorem tamen assertionem per hæc ultima verba non revocat; tum etiam, quòd nulla videatur esse differentia in ordine ad concedendam actionem præscriptis verbis, utrùm ego tibi Stychum dem, 21

dem, ut Pamphilum manumittas, & poſtquam tu eum manumiſiſti, Stychus evictus ſit, an verò ego Stychum manumiſerim; ut tu Pamphilum dares, & dare ceſſes; ſicut in terminis ratiocinatur Vinnius *dict. quæſt. 46.* aliter diſcurrit Bacchov. *ad Treutler. dict. diſput. 30. theſ. 10.* Ad textus autem contrarios reſpondet Collegium Argentorat. *ff. de dol. mal. num. 881.* ſed tamen textum *in l. 5. §. 3. ff. eod.* ſolummodo conjecturaliter reſolvit; quandoquidem autem hæc quæſtio in judicijs vix producetur, adeóque parùm utilitatis continet, teſte Brunneman. *in l. 4. Cod. de dol. mal.* eam ulteriùs examinare non lubet.

22 Quintò, competit actio præſcript. verbis illi, qui aliquid ex præcedente conventione eô animô fecit, ut & alter viciſſim faciat. *dict. l. 5. §. 4. & 5. ff. de præſcript. verb.*

23 Dubium autem eſt, utrùm hæc actio præſcriptis verbis etiam locum ſibi vendicet in transactione? Ratio dubitandi ex eo fluit, quòd transactio fiat nudâ conventione, *l. 2. & l. 15. ff. de transaction.* quæ ad producendam actionem inefficax eſt. Hoc tamen non refragante, certum eſt, actionem præſcriptis verbis certis caſibus pariter dari illi, qui aliquô datô tranſegit, e. g. do tibi prædium, ut à lite diſcedas; *l. 33. Cod. de transact.* nec enim perpetuum eſt, transactionem nudâ conventione perfici, quoties namque ea lege aliquid datur, vel fit, vel remittitur ab uno, ut alter etiam aliquid reſtituat, vel faciat, aut omittat, toties terminos nudæ conventionis exſuperat, ac propterea ei, qui dedit, aut fecit, actio præſcriptis verbis competit, per textum irrefragabilem in *l. 6. Cod. de transaction.* Vinnius *in tract. de transaction. cap. 2.* vid. ad longum diſputans de hac re Gilken. *in Cod. ad d. l. 6.* Lauterbach & alij *ad tit. ff. & Cod. de transact.*

Dubium ſecundò eſt, an hæc actio illi, qui rem alicui precariam 24
dedit, concedatur, ad eam, vel ejus poſſeſſionem pro vario caſu repetendam? Ratio propoſiti dubij ſimiliter inde fluit, quòd pro recuperandâ re precariò datâ à jure proditum ſit interdictum de precario, *tot. tit. ff. de precario*, ergo hæc ad eum finem vel ſuperflua, aut omninò inutilis eſſe videtur, quod præterea confirmatur ex *l. 14. ff. eod.* ubi apertè dicitur: *interdictum de precario meritò introductum eſt, quia nulla ejus eo nomine juris civilis actio eſſet.* Tametſi autem argumentum hoc aliquam ſpecioſitatem contineat, & evincere videatur, hanc actionem à precario omninò removeri, nihilominùs tamen aperti ſunt hoc in paſſu textus in *l. 2. & l. 19. ff. de precar.* queîs remonſtratur, hanc actionem in precario locum obtinere, darique ei, qui precarium dedit, ad illud denuò repetendum; Ea, quæ in contrarium allata ſunt, non

non adeò magni momenti esse existimo, sæpè quippe duplex in jure remedium est proditum, unum prætorium, aliud civile, quemadmodum passim plura prostant exempla; ad allegatam verò *l. 14. ff. de precar.* variæ à D. D. adstruuntur responsiones, sicut videre est apud Gloss. *ibid.* & Wisenbach *ad Pandect. disput. 19. à n. 17.* Mihi placet dicere, nullam esse proditam actionem civilem directam, benè autem utilem; conferatur Brunneman *in dict. l. 14.* & alij apud ipsum citati. Porrò sicut subjectum activum, ita & passivum hujus actionis ex dictis satis liquet, datur nimirùm adversùs illum, qui placiti fidem non servat, non autem adversùs tertium possessorem. *l. cum precibus Cod. de rer. permutat.* ibique Interpretes.

25 Non minùs etiam Actionis hujus objectum facilè elucescit; competit enim ad hoc, ut, qui hac actione pulsatur, fidem suam liberet, & contractum impleat: *l. 5. & l. fin. ff. de præscript. verb.* ubi tamen adverte discrimen inter contractus nominatos, & innominatos, in illis enim agere quis debet ad rem ipsam, vel æstimationem, in his autem liberum est actori, an ad implendum contractum agere, vel interesse velit petere; *l. 5. §. 1.* & *l. 7. ff. de præscript. verb.* Manz. *de action. præscript. verb. n. 46.* Lautterbach *ff. de præscript. verb.* Brunneman. & alij *ad cit. LL.* quæ electio eam affert utilitatem, quòd, si plus agentis intersit, quàm res danda valet, interesse petere possit: inter quos duos agendi, seu petendi modos ea ulteriùs est differentia, quòd, si agatur ad rem dandam, omne incrementum, quod rei à tempore impletæ ex actoris parte conventionis accessit, simul peti possit; *l. 31. ff. de reb. credit.* si autem ad interesse quis agit, incrementum petere non potest, sed solummodò quantùm intererat tunc, quando alter vicissim debebat. Brunneman. *in l. 5. §. 1. ff. de præscript. verb.* perdurat hæc actio, ut reliquæ Civiles, & rei persecutoriæ, perpetuò.

ACTIO

In factum in genere.

SUMMARIUM.

1. Ostenditur primus modus, quo Actiones dicuntur in factum.
2. Exponitur secundus modus.
3. Declaratur tertius modus.
4. Demonstratur ultimus modus.
5. Ostenditur differentia inter actionem præscriptis verbis, & actionem in factum.
6. Annotatur secunda, & tertia differentia.
7. An actiones in rem dici in factum possint?
8. Probatur negativa in sensu proprio.

1 TRigesima octava est Actio in factum in genere, quæ latissimè diffunditur, & varijs causarum figuris, persecutionibusque accommodari potest, argt. *l. actionum §. actionum 1. ff. de Obligat. & Action.* Oldendorp. *tractat. de action. class. 4. act. 40. in princip.* Ad cujus faciliorem declarationem præprimis singulariter est animadvertendum, quòd quædam actiones dicantur in factum, quæ quidem sufficientem materiam præsuppositam habent, sed quia causæ, ex quibus tales actiones promanant, nullo certo à jure scripto insignitæ sunt nomine, *in factum* appellari consueverunt, quas inter est actio præscriptis verbis, de quâ plura à me prolixiùs supra sunt annotata: consulatur *l. si tibi rem 13. §. Julianus 1. & l. si tibi polienda 22 ff. de præscript. verb.* & ad longum Collegium Argentorat. *ff. eod. thes. 2.* Bacchov. *in tract. de actionib. disput. 4. thes. fin.* Nicolaus de Passeribus *in tractat. de conciliat. contrar. leg. quæst. 6. à num. 8.*

Secundò, actiones in factum appellantur plurimæ, quæ ex Prætoris jurisdictione propositæ sunt; 2 *l. si per alium 5. §. 1. ff. ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim. l. ex hoc edicto 3. ff. de eo, per quem fact. erit, quo min. quis in judic. sist. l. si quis. ff. de jurisdict.* Bacchov. *cit. loc.* Struvius *syntagm. jur. civil. exercitat. 25. thes. 23.* quò etiam commodè referri possunt actiones, quæ competunt ex causis interdictorum. *§. final. Institut. de interdict.*

Tertiò actiones in factum vocantur, quæ competunt in locum 3 aliarum, v. gr. actionis L. Aquiliæ, quando enim requisita hujus di-

directæ vel utilis actionis non adsunt, §. *final. Instit. de L. Aquil.* tunc actio in factum quodammodò præter mentem legis, ex merâ æquitate, ne videlicet unus in damno, & alter in lucro versetur, competit, circa quam tamen advertenter nota, eam non esse Civilem, ad instar actionis directæ & utilis ex L. Aquilia, sed subsidiariam prætoriam, nec quanti plurimi cum reliquis duabus persequi. vide jura & authoritates, quas allegat Hartprecht *in §. fin. Instit. de L. Aquil.* aut quæ succedunt in locum actionis famosæ, per textum *in l. non debet 11. §. quibusdam personis 1. ff. de dol. mal.* qualis est actio in factum, quæ competit in vicem actionis de dolo adversùs parentes, in quâ detrahitur mentio doli, & solum verbis temperata in factum actio dicitur; aut denique quæ dantur in locum actionis Ædilitiæ, *l. quod si nolit 31. §. in factum actio ff. de Ædilit. Edict.* de quibus plura in loco actionis Ædilitiæ à me specialiùs enodabuntur.

4 Quartò actiones in factum audiunt, quæ pro aliquo facto, ex quo specialis non est prodita actio, competunt ex æquitate, quæ in tali facto actionem aliquam dandam esse suadet; de quâ specie itidem infra prolixiùs agam. Quintò aliæ passim etiam vocantur actiones in factum, quæ aliunde jam nomen habere videntur, quemadmodum est actio in factum de jurejurando, judicati, & de calumniatoribus, per *text. in l. actori Cod. de reb. credit. l. miles 6. §. fin. ff. de re judic.* quæ tamen minùs propriè inter actiones in factum recensentur. Sextò actiones Prætoriæ & utiles respectu Civilium & directarum, seu illarum, quæ ex ipso legis tenore dimanant, in factum nominari solent. *l. is, qui intulit 7. §. adversùs eum 1. ff. de religios. & sumptib. funer.* Sicut autem multis in locis mentio actionum in factum passim fieri solet, ita generalis est constituenda regula, quòd, ubicunque æquitas suadet, aliquam actionem dari debere, atque aliæ actiones sive Civiles, sive Prætoriæ deficiunt, semper hæc actio, utpote remedium subsidiarium, detur, quemadmodum colligi potest ex *l. itaque si accepto 28. ff. de dol. mal.* & *l. cùm autem 52. ff. de rei vindicat.*

Ex quibus ita præmissis facilè liquet, quale discrimen sit inter actionem in factum ex una, & actionem præscriptis verbis ex altera parte; quoniam, tametsi omnis actio præscriptis verbis dici in factum possit, quemadmodum superiùs deductum est, non tamen vicissim omnis actio in factum actio præscriptis verbis dici potest, adeóque actio in factum generalior est actione præscriptis verbis; vide verba *Glossæ in Rubric. ff. de præscript. verb.* ea propter etiam actio in factum competit ex omnibus 5

nibus Edictis, & interdictis Prætorum, per textum *in §. final. Institut. de interdict.*

6 Secundò distat actio præscriptis verbis ab actione generali in factû, quoniam illa non datur, nisi ex contractu, in quo præter alia requisita verba intervenerunt, actio autem in factum toties datur, quoties æquum est actionem dari, sive ex contractu, sive extra contractum. videatur Bartolus *in Rubric. ff. de rer. permutat. n. 2.* Ex quibus liquet tertiò, actionem præscriptis verbis esse nativam, actionem verò in factum inter dativas accensendam.

7 Illud hoc locô controverti potest, an actiones in rem etiam recipiant nomen actionis in factum, seu an aliqua actio realis in factum dici possit? Affirmativam sententiam, & quòd etiam actiones reales ab hoc nomine actionis in factum non abhorreant, defendit post alios Collegium Argentorat. *ff. de præscript. verb. thes. 22.* Lautterbach. *ff. eod. thes. 23. in fin.* Eorum fundamenta præcipuè stabiliuntur in sequentibus: primò in *l. sed si possessori 10. §. proinde ff. de jurejur.* ubi talis facti species proponitur: Titius ex. gr. possidebat fundum Tusculanum, quem petebat Mævius, qui ex aliarum probationum defectu Titio jusjurandum litis decisorium detulit; Titius proinde juravit, fundum, quem possidebat, esse suum. Exinde Mævius possessionem fundi Tusculani à Titio amissam consecutus est; in quâ casûs figuratione ait textus, Titio competere actionem in factum, quæ non est alia, quàm Publiciana realis, ergo etiam actiones reales nuncupari actiones in factum possunt. Secundò ex *l. si is, qui 11. §. si antichresis 1. ff. de pignorib. & hypothec.* sententiæ suæ robur ad struunt, ubi dicitur, quòd is, qui Antichresin habet, ad eam persequendam utatur actione in factum; certum autem est, quòd pignus producat actionem in rem, *l. pignoris persecutio 17. ff. de pignor. & hypoth.* ergo actiones in rem & in factum confunduntur. Tertiò illorum sententia stabilitur ex *l. in rem act.io 23. §. 5. l. quæ religiosis 43.* & *l. cum autem 52. ff. de rei vindic.* in quibus omnibus textibus actiones reales cum actionibus in factum confundi videntur. Quartò denique opinionem suam evincere conantur per apertos textus *in l. ait Prætor 10. §. 18.* & *l. hac in factum 14. ff. quæ in fraud. credit. fact. sunt, ut restit.* quibus in locis actio Pauliana, quæ tamen inter reales à me numerabitur, actio in factum appellatur; per hos itaque textus citati A. A. probare contendunt, etiam actiones reales in factum dici posse.

Quamvis primâ fronte funda- 8
menta hæc momentosa esse videantur

tur

tur, ego tamen simpliciter assentiri non possum, arbitrórque, si sermo sit de actione in factum saltem strictè & propriè accepta, nullam actionem in rem dici actionem in factum posse; ratio mihi est sat evidens, quoniam actiones in factum plerúmque dantur propter aliquod factum, seu secundùm narrationem facti, Nicolaus de Passeribus *in tract. de conciliat. contrar. leg. quæst. 6. n. 7.* factum autem semper aliquam supponit obligationem & præstationem, ergo etiam solam parit actionem personalem. Magis hæc sententia per dissolutionem textuum ab adversa parte allegatorum confirmatur; ad primum igitur Eorum fundamentum, seu casûs figurationem respondeo, actionem Publicianam, quæ in simili casu datur, omninò imitari naturam actionum personalium, competeréque tantùm adversùs eum, contra quem juratum, & cum quo quasi conventum est, *argt. l. 95. §. 4. ff. de solut.* ideóque rectè dicitur hæc actio juxta circumstantias facti, seu juramenti delati concipi. Ad secundum variæ sunt Doctorum responsiones, mihi tamen textus non videtur loqui de actione hypothecaria, quæ adversus possessorem datur, sed de actione personali, competente solùm adversùs debitorem, Brunnem. in *dict. l. 11. §. 1. ff. de pignor. & hypothec. num. 9.* & habente vim contrariæ pignoratitiæ, ut aliam rem, ex qua fructus locò usurarum, ex pecunia mutuata aliàs decurrentium, percipere creditor possit, in crediti securitatem debitor tradat. Textus ad tertium argumentum ex *Tit. ff. de rei vindicat.* citati nullam planè obtinent vim persuadendi, lubenter enim cum Bacchov. *in tract. de action. disput. 4. thes. fin.* transmitto, sæpè actionem in factum in locum actionis realis succedere, sed nego, eam ipsam esse realem, sicut ex allegatis textibus patet. Quarta & postrema objectio vix est attendenda, quemadmodum enim plurimi admittunt, actionem Paulianam esse personalem, ita & ego concedo eo in casu, quo actio priùs personalis per fraudulentam alienationem extincta fingitur adhuc vigere, & sicut aliæ res in bonis creditoris remanere.

ACTIO

In Factum Specialis.

SUMMARIUM.

1. *Quando hæc actio competat.*
2. *Alius similis casus ex* l. 23. ff. de rei vindicat. *proponitur.*
3. *Describitur hæc actio*

1 TRigesima nona est *Actio in factum* in specie, quæ facilè ex superiùs adducta regula colligi potest; quando enim ex aliquo facto nulla à jure prodita est actio, & tamen suadet æquitas dandam esse obligationem, ac per consequens actionem, ad hanc, quæ in factum dicitur, recurrere opus est. Similis casus exstat in *l. 23. ff. de præscript. verb.* cujus formalia sonant: *Duo secundum Tyberim cùm ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus annulum ostendit, ut respiceret; illi excidit annulus, & in Tyberim devolutus est. Respondit, posse agi cum eo in factum actione.* Hoc igitur in casu, cùm nulla actione ex contractu descendente, quin imò nec præscriptis verbis æstimationem annuli persequi possit, quoniam, quemadmodum nullam nec innominatam conventionem injerunt, ita quoque nulla reperiuntur præscripta verba, necessariò recurrendum erit ad actionem in factum.

2 Æqualis casus colligitur quoque ex doctrina Pauli in *l. in rem 23. §. 5. ff. de rei vindic.* quo nimirùm quis bona fide rei meæ dominium per specificationem mihi ademit, vel à tertio aliquis creditum meum exegit; vide ea, quæ ad longum tradit Cardinalis Tuschus *practic. conclus. tract. conclus. 110.* hi equidem mihi nullo modo sunt personaliter obligati, propter æquitatis verò rationem nihilominus æstimationem rei & dominij adempti resarcire tenentur. Castrensis *consil. lib. 1. consil. 62.*

Ex his autem natura hujus actionis facilè desumi, ac definiri hæc actio potest, quòd sit personalis, rei persecutoria, stricti juris, extraordinaria seu subsidiaria, perpetua, competens ei, qui rei suæ dominium factô vel delicto alterius amisit, aut aliud damnum passus est, ad suam indemnitatem conservandam; caussa ejus remota est singularis æquitas, proxima est obligatio. Subjectum ejus tam activum, quàm passivum per se liquet, datur enim illi, qui damnum quocunque modo, vel per ademptionem dominij, vel aliâ 3

ra-

ratione patitur, adversus damnificantem, vel rei dominium adimentem, tametsi id bona fide faciat, per textus in *l. 23. §. 4. & 5. ff. de rei vindicat. & l. 23. ff. de præscript. verb.* supra citatos; competit ad hoc, ut actorem reus servet indemnem, præstandô nimirùm æstimationem rei amissæ, seu resarciendô aliud damnum vel factô, vel delictô illatum; Durat hæc actio per ea, quæ in definitione sunt dicta, perpetuò.

SECTIO QUARTA

De

Actionibus ex quartâ Pandectarum parte descendentibus.

ACTIO

Hypothecaria, seu Serviana.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit, & quomodo accipiatur pignus?*
2. *Qualis hoc loco detur differentia inter prædium urbanum, & rusticum?*
3. *Pro quibus rebus hæc Actio sit introducta?*
4. *Describitur Actio Serviana.*
5. *Cui competat?*
6. *Contra quos detur?*
7. *Quid persequatur?*

1 PRimum in quarta Digestorũ parte locum obtinet Actio Hypothecaria, quæ in genere sic dicta in Servianam & quasi Servianam dividitur, §.7. *Instit. de Action.* ad quarum uberiorem intellectum notanter est animadvertendũ, has Actiones Servianam & quasi Servianam originem habere, & introductas esse ad vindicandas res, quæ ad instar obsidis obligationi sunt suppositæ, qu in securitatem crediti oppignoratæ, & quidem in generali significatione nomine pignoris etiam hypotheca venit, *l. 1. ff. de Pignor. & hypothec.* specialiùs tamen acceptum pignus ab hypotheca in eo differt, quòd pignus à debitore in securitatem crediti extradi soleat, in hypotheca autem, tametsi quoque in securitatem crediti obligetur, nec res, nec possessio in creditorem transit, quemadmodum post Donell. tradit Vinnius *in §. 7. Instit. de Action.*

Action. eapropter cùm res mobiles regulariter tradantur, communiter dicuntur in pignus dari, *l. 228. §. 1. ff. de V. S.* res autem immobiles hypothecari, quamquam etiam res mobilis hypothecæ, & immobilis pignoris nexu constringi posse *ex §. 7. Inst. de Action.* liquidissimè probetur. Constituitur autem pignus vel authoritate publica, vel privata, aut denique à lege, quod authoritate publicâ constituitur, Prætorium, vel judiciale vocatur, de cujus specifica differentia videatur Struv. *Syntagm. juris Civilis exercit. 26. thes. 10.* Legale, seu tacitum est, quod ob justam rationem juris dispositione inducitur, quæ inter, & quidem ex præsumpta contrahentium voluntate, recensentur illa pignora, quæ per leges elocantibus prædia constituuntur, *l. 4. l. 7. §. 1. ff. In quibus causis pign. vel hypoth.* ex rationibus, quas adstruit Oldendorp. *class. 3. Action. 11. n. 2.*

2 Illata igitur in prædium conductum, pro annua pensione, & damno à conductore timendo, tacitè sunt obligationi subjecta, interposita tamen inter prædium rusticum, & urbanum differentia: in illo enim sufficit, pro pensione annua præstanda fructus esse oppignoratos, *cit. l. 7. ff. In quibus causis*, exstantes nimirum tempore solvendæ pensionis, consulantur qui referuntur à Schneidevvin *in §. 7. Inst. de Action. n. 33.* ergo illata non nisi expressa conventione pignoris nexu constringuntur: in hoc autem, cùm illud per se sterile sit, tam pro annua pensione, quàm pro deterioratione, ea, quæ illata sunt, ut perpetuò, seu tamdiu, quamdiu locatio duratura est, ibi maneant, tacitè oppignorata sunt, *l. 2. & l. 4. ff. In quibus cauf.* Nec obstat text. *in l. 5. Cod. locati*, ubi dicitur, illata in prædium rusticum esse oppignorata, modò *voluntate* Domini illata sint. Respondeo cum communi, vocabulum *voluntate* pro expressa conventione accipi, sicut in simili illud vocabulum accipitur in *l. ult. Cod. de novat.* In prædium verò urbanum illata omnia censentur esse pignori subjecta, quæ in generalem hypothecam venire solent; quæ verò generali hypothecæ includi non præsumuntur, nec in hac tacitâ contenta esse censentur, Brunnemann. *in l. ult. ff. in quib. cauf. pign. tacit. contrah.* & alij relati à Lautterbach *ff. eod. §. 113.* quæ designantur *in l. 6. & l. 7. ff. de pign. & hypothec.* Hinc dubitant Doctores, utrùm res minorum, absque Curatorum consensu prædia urbana conducentium, sint oppignorata? Negativam ego amplector, ex ratione, quia hæc oppignoratio potiùs est conventionalis, quàm legalis, præsumuntur enim ex tacito conductoris consensu res illatæ pignoris nexu esse obstrictæ, *l. 4. ff. de pact.* minores autem per conventionem res suas obligare nequeunt, Sichard.

in l. 5. Cod. de locat. & alij relati à Vinnio *in tractat. de pact. cap. 12. n. 8.* Lautterbach. *ff. in quib. caus. pign. tacit. contrah.* tametsi ex conductione emolumentum ferant, ex hoc enim, quòd sint facti ditiores, atque ex Constitutione D. Pij civiliter obligentur, haud sequitur, eos res suas posse alienare. Lautterbach *ff. dict. tit §.107.* Alterum suboritur dubium, utrùm libri Studiosorum perfectæ jam ætatis, in Musæum illati, oppignorati censeantur? quod cum Struvio *syntagm. Jur. Civil. exercit. 26.* Vinnio *in tractat. de pact. cap. 12. n. 9.* Wisenbach. *ad Pandect. disp. t. 9. thes. 12.* ego affirmo; Ratio est, cùm libri Studiosorum à Regulâ, *in l. 5. ff. de pact.* proditâ, nullibi sint excepti, ergo tamdiu est Regulæ inhærendum, donec probetur exceptio, quod vel maximè locum obtinet, si nulla alia fortè Studiosis sit res familiaris, aut supellex. Nec obstat, quòd instrumenta rustica, in fundum à colono illata, non sint oppignorata; *l. 7. & l. 8. ff. quæ res pign. &c.* tametsi illis fundus ad culturam reducatur, quemadmodum libris animi dotes coluntur & adornantur. Ratio disparitatis est, quòd illata in prædium rusticum nunquam censeantur esse hypothecata, nisi hoc expressè sit actum, secùs illata in prædium urbanum. Minùs adversatur superiùs attacta regula, quòd ea, quæ in expressam hypothecam non solent venire, nec tacito præsumantur esse piguori subjecta, *l. 6. l. 7. & 8. ff. de pignor. & hypoth.* atqui verosimile est, Studiosum libros suos in hypothecam expressam non fuisse deducturum, ergo; minùs, inquam, argumentum hoc adversatur, siquidem hìc locum non habet, ex solidâ diversitatis ratione, quòd in generali omnium bonorum hypotheca abundè consultum sit Creditori, etsi supellex libraria non sit oppignorata, secùs est in hac, quoniam in prædia urbana non nisi ea inferri solent, quæ quotidiano usui subserviunt, adeóque si nec hæc pignori forent subjecta, minima vel omninò nulla foret Creditori securitas. His igitur præmissis

Dubium restat exponendum, 3
pro quibus rebus hæc Actio Serviana competat? Oldendorp. *Class. 3. Action. 11. n. 66.* & alij tenent, hanc Actionem competere pro rebus tam in prædia rustica, quàm etiam urbana illatis, & vel expressè vel tacitè obligatis, sicut priùs est traditum; quem post alios sequitur Manz. in *dict. §. 7.* quæ Sententia communis est, nec mihi ab ea recedere lubet, si tamen instamus verbis allegati §. 7. *Instit. de Action.* certum mihi est, eam ab initio tantùm productam esse pro rebus in prædium rusticum illatis, atque expressâ conventione pro pensione annua oppignoratis, sicut liquet ex verbis: *Servianâ autem experitur quis de rebus Coloni*,

quæ

quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; ergo non pro rebus ab inquilino in prædium urbanum illatis, qui nomine Coloni non venit. Vinn. & Schambog. *in dicto* §. 7. Quodsi hæc supponatur Sententia, pro reliquis rebus tacitè hypothecatis competit Actio quasi Serviana, seu Hypothecaria: sed nihil à parte rei utriusque refert, quoniam, sive Actio Serviana, sive quasi Serviana detur, ad eundem utraque finem tendit.

4 His præliminariter annotatis, definiri potest actio Serviana, quòd sit actio Prætoria realis, quæ datur locatori prædij rustici (si nimirum insistamus origini, ejusque rigoroso verborum textui) adversùs Colonum, & alium possessorem rei, à Colono pro pensione annua expressè hypothecatæ, ad hoc, ut jus pignoris declaretur, & res in securitatem debiti locatori tradatur. Schambog. Causa ejus remota est expressa conventio, seu hypothecatio: proxima est jus in re, seu jus specificum. Dixi, *expressa conventione*, tametsi enim de jure Civili pignus, nuda conventione constitutum, sit incognitum, jure tamen Prætorio sustinetur, *l. 4. & 5. l. 17. §. de Pignore ff. de Pact. l. 4. ff. de Pignor. & hypoth.* quo non minùs collimat *l. 1. ff. de Pignoratit. Action.*

Subjectum activum hujus Actionis sunt illi, qui prædia rustica certa pensione locavêre, atque ex-
5 pressam sibi pacti sunt hypothecam in bonis à Colono in prædium illatis, si nimirum sententiæ, de qua priùs mentio facta est, & origini hujus Actionis insistamus. Communiter autem eam etiam ad tacitam hypothecam, quæ per illationem rerum in prædium urbanum enascitur, porrigunt, secundùm quæ vestigia hæc Actio omnibus Locatoribus concederetur. Oldendorp. *Class. 3. Action. 11. n. 3.* qui specificè personas, quibus hæc Actio datur, recenset, ac deducit.

Subjectum autem passivum, seu 6
Personæ, adversùs quas hæc Actio porrigitur, sunt possessores rerum taciti pignoris nexu obstrictarum, *l. si Fundus §. in vindicatione ff. de Pignor. & hypoth.* quævis res enim transit cum suo onere, *l. si debitor Cod. de distract. Pign. & hypoth.* eô tamen observatô moderamine, ut priùs adversùs ipsum debitorem principalem actione personali agatur; *Authent. hoc si debitor Cod. de pign. & hypoth.* imò vi illius *Auth.* etiam Fidejussores, seu mandatores priùs conveniri debent, quàm ut Actio realis contra possessores moveatur: ubi tamen subsisto, an hæc *Auth.* quoad ultimum punctum in usu recepta sit. Cæterùm ampliationes, & limitationes dictæ *Auth.* videantur apud Negusant. *de Pignor. part. 8. memb. 1. à n. 16.* non tamen mihi probatur opinio statuentium, illum, qui vult agere Actione Serviana, indistinctè teneri probare,

res tempore illationis in bonis, seu dominio Coloni, vel Inquilini fuisse: quando enim agitur contra Conductorem, vel ejus Hæredes, aut etiam illum, qui immediatam causam habet à Colono, nequaquam necessum est rem onstrare, res in bonis conductoris tempore illationis fuisse; cùm hi omnes haud possint referre quæstionem Dominij, propriam enim allegarent turpitudinem. *l. si Pignore §. si Prætor. & ult. ff. de Pignorat. Action.* Videantur Angel. Aretin. *in §. Inst. de Action.* & Schambog. *in §. 7. Inst. de Action.*

7 Objectum Actionis Servianæ sunt res pro pensione annua oppignoratæ, non quidem omnes, sed quantitati pensionis respondentes, seu potiùs Jus pignoris. Ubi notandum, quòd illorum res, quibus gratuitò prædia tanquam commodatarijs sunt concessa, nec pro culposâ prædij deterioratione sint tacitè hypothecata, *l. 5. ff. quib. in caus. pignus tacit. contrah.* intelligenda enim est Lex citata propriè & unicè de deterioratione, de mercede autem intelligi nequit, cùm nulla debeatur; ubi advertenda est doctrina Cunanni apud Lautterbach. *ff. in quib. caus. pign. tacit. contrah. §. 99.* asserentis: aliud statuendum fuit in eo, qui gratis habitat, id enim haud unquam ferè conceditur cuiquam, nisi amicissimo, à quo nefas est pignus illud accipere, pensio enim nulla debetur, timere autem, ne aliter quàm probus paterfamilias versetur in domo, non ejus est, qui gratuitam & sine ullâ mercede ultrò concessit, cur enim traderet, si diffidebat.

Ultimò quoad tempus hujus Actionis indubitatum est, quamquam enim ea sit Prætoria, rei tamen persecutionem continet, & per consequens juxta à me sæpius traditam regulam perpetua est. Conferantur tradita in *princip. Inst. de Perpet. & temporal. Action.*

ACTIO

Quasi Serviana seu Hypothecaria.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Actio quasi Serviana?*
2. *Quibus detur hæc Actio?*
3. *Adversùs quos detur?*
3. *An excussio sit indistinctè necessaria?*
5. & 6. *Quomodo detur contra Hæredes, & quid persequatur?*
7. *Denotatur distinctiùs tempus, quo hæc Actio durat.*

Se-

1 SEcundum locum occupat Actio quasi Serviana, seu Hypothecaria; dicitur quasi Serviana, vel à servando, vel ex ratione, quòd multùm assimiletur Actioni Servianæ, Manz. *in §. 7. Inst. de Action. à n. 5.* Describi potest, quòd sit Actio Prætoria, realis, quâ creditor ratione pignoris sive taciti, sive expressi pro debito constituti, excusso debitore agit adversùs possessorem pignoris, ut declaretur, rem possessam esse oppignoratam, & reus condemnetur ad possessionem Actori tradendam. Fundamentum ejus, seu causa remota est quævis constitutio pignoris, sive illud à lege, sive expressa voluntate constituatur. Proxima est ipsum jus in re; quemadmodum in priori Actione assertum est. Dixi, eam esse Prætoriam saltè ex origine sua, & quatenus ex verbis legis profluit; quoniam ex Prætoris Jurisdictione substantiam capit. *§. 7. Instit. de Action.* Oldendorp. *Class. 3. act. 10.* Manz. *in dict. §.* Schambogen & alij; tametsi eo casu, quo ex contractu pignoratitio res in pignus tradita est, haud incommodè Civilis dici posset. Vult. *in §. 7. Inst. de Action.*

2 Personæ, quibus hæc Actio competit, sunt Creditores, queis res in securitatem crediti est obligata. Datur secundò item cessionario, & Emptori pignoris, seu Hypoth. *arg. tit. tit. ff. & Cod. de Hæred. vel Action. vendit.* Tertiò secundo creditori, cui primus pignus pignori dedit. *l. grege §. cum pignus ff. de Pignor, & hypothec.* Videatur Negusant. *de Pignor. & hypothec. part. 8. memb. 2.* Plures si sint Creditores, singuli in solidum agent, *l. unic. Cod. si unus ex plurib. hæred.* &c. pignoris namque causa est individua, ita ut pro quacunque debiti parte in solidum teneatur. *l. 65. ff. de Evict. l. 19. ff. de pign. & hypothec.*

Datur hæc Actio adversùs ipsum debitorem *l. per secutione, & Auth. hoc si Cod. de Pignor. & hypoth.* 3 cum qua Actio personalis cumulari potest. Negusant. *dict. part. 8. memb. 2. n. 6.* Secundò competit adversùs quemvis rei oppignoratæ possessorem per allegatam *Auth.* ità ut priùs Actione personali conveniatur, vel excutiatur principalis debitor, atque illius Hæredes, *per dict. Auth.* de cujus excussionis solemnitate, citatione possessoris, & pronuntiatione videatur allegatus Negusant. *dict. loco n. 20.*

Et tametsi hoc generaliter sit necessarium, multi tamen sunt casus, 4 in quibus excussio non exigitur. Et primo quidem casu, quo debitor principalis notoriè non est solvendo. Secundò casu, quo debitor solummodò naturali obligatione est obstrictus, cui tamen pignus accedere potest cum effectu actionis hypothecariæ. videatur Franzkius *variar. resolut. lib. 1. resolut. 12. n. 80.* Lauterbach *ff. de pignor. & hypothec. §. 75.* Tertiò, quando debitor est absens; *Novell. 4. cap. 2.* nec tamen in hoc casu possessor tenetur litem contestari, sed dilatio ei

ei est concedenda ad reum exhibendum, quô non exhibitô, primùm judiciô contendere tenetur; Gaill. *lib. 2. observ. 27.* aut si quidem sit præsens, sed tamen difficilis conventionis, cùm sit potens, rixosus, aut omninò Tyrannus, ad quem non patet accessus. Gaill. *dict. loc. n. 25.* & alij relati à citato Franzkio *dict. loc. n. 65.* Quartò limitatur suprà adducta Regula in eo casu, quô debitor plures reliquit hæredes, eorúmque unus possidet rem hypothecatam; tametsi enim actione personali, utpote LL. XII. Tabularum ipso jure divisâ, omnes pro quotâ hæreditatis conveniri deberent, hypothecaria tamen moveri potest contra possessorem solum, cujus ratio est, quia, quatenùs pignus totum possidet, eatenùs pro Extraneo habetur, tantummodò enim pro suâ parte defunctum repræsentat. Quintò limitationem patitur prædicta Regula in nomine oppignorato, ex ratione, cum jus agendi totum sit penès debitorem, quod Creditori oppignoravit, atque nihil aliud quàm jus agendi & ipsam actionem utilem in Creditorem transtulit. Franzk. *dict. resolut. 12. n. 71.* Lauterbach *cit. loc.* & plures ab eodem relati. Sextò in casu, quô debitor rem hypothecatam lite pendente alienavit, potest omissô debitore, & ejus excussione Actione Hypothecaria conveniri Emptor pignoris, seu Hypothecæ. per tradit. DD. *in Auth. si hæc Cod. de Pign. & Hypothec.* Septimò, quando debitor principalis per constitutum transtulit possessionem rerum hypothecatarũ in creditorem, easque nomine creditoris simpliciter, vel precario possidet, juxta *l. Quod meo, & l. interdum ff. de Aquirend. vel amitt. poss.* si in simili casu debitor res oppignoratas in tertium titulo quodam alienavit, immediatè possessorem rerum hypothecatarum Actione hypothecaria, absque præviâ excussione pulsari posse, statuit post alios Negusant. *dicto loco n. 17.* quod etiam sustinetur eo casu, quo pignus creditori actualiter traditum est, atque exinde ejus possessionem amisit, nec enim necessum est Actionem personalem, aut excussionem adversùs debitorem principalem præmittere, sed statim Hypothecaria adversùs possessorem moveri potest. Ratio videtur esse manifesta, si enim creditor arriperet Actionem personalem contra debitorem, semper directa exceptione pignoratitiâ, vel doli compelleretur restituere pignus. *argum. l. apud Celsum §. idem quæritur ff. de Except. doli mali.* Octavam limitationem recipit in Actione Hypothecariâ competente mulieri ad repetendam donationem propter nuptias, uxor enim hanc Actionem movens non tenetur Maritum, vel ejus Hæreditatem pro diversitate casuum perquirere, & excutere, sed mox contra possessorem rei Actionem Hypothecariam movere potest.

Porrò contra hæredes datur ad nor- 5

normam aliarum Actionum Realium, videlicet non ut hæredes, sed ut possessores. Oldendorp. *Class. 3. Action. 10. num. 4.* si sint plures, adversùs quemvis datur in solidum, *l. 1. & l. 2. Cod. si unus ex plurib. hæred.* ex supra datâ ratione, quia jus pignoris est individuum; actio tamen, quæ competit Legatarijs, *per l. 1. Cod. commun. de legat.* ex juris dispositione est dividua, ac in tantum unusquisque hæredum potest conveniri, in quantum actio personalis ex testamento contra eos datur. *dict. l. 1. in fin. Cod. eod. l. 33. ff. de legat. 2. l. 44. ff. eod. l. 98. ff. de legat. 3.*

6 Objectum hujus Actionis sunt pignora, seu jus pignoratitium, petitúrque, ut possessio rei oppignoratæ restituatur, tamdiu retinenda, quamdiu debitum non sit solutum: aut si agatur adversùs debitorem, qui possessionem rei hypothecatæ nunquam extradidit, petitur, ut rem hypothecatam in creditorem transferat. Non tamen semper hæc Actio persequitur, seu avocat possessionem rei hypothecatæ, sed si tertius possessor offerat debitum, potest creditorem à vindicatione pignoris excludere, per textum *in l. Paulus 12. §. final. ff. Quibus modis pign. vel hypoth. solv.* Circa quam assertionem ulterius dubium est, an taliter debitum offerenti, & solventi Actiones cedendæ sint, nec ne? Ego cum Bachov. *in Tract. de Action. disput. 3. thes. 38.* distinguo inter justum rei pignoratæ possessorem, & illum, qui injustè eam occupavit, ut illi debeant Actiones cedi, secus huic. *l. 19. ff. Qui potior. in pignor. &c.* Quemadmodum autem in alijs actionibus realibus locum obtinet Juramentum in litem, ita etiam in Hypothecaria, præsertim eo casu, quo agitur adversùs illũ, qui dolo malo desijt possidere, & rem ampliùs restituere non potest. *per text. in l. 16. §. In vindicat. ff. de Pignor.* Schneidevv. *in §. 7. Inst. de Action.* Arnold. ab Hærsolt. *in adversaria de Action. in quart. part. Pandect. act. 2. in fine* Oldendorp. *dict. Class. 3. Act. 10.* Modus autem restituendi talis observatur, ut pignus, seu res pignorata restituatur unà cum fructibus saltem post litis contestationem perceptis, vel etiam ante, si exstant, & res pignorata non sufficit ad expungendum debitum; quoniam & hi ex præsumptâ contrahentium voluntate censentur esse oppignorati, etsi eorum non sit facta mentio, *l. 3. Cod. in quib. caus. pignus &c.* sicut hoc in passu textus est apertus *in l. 16. §. interdum ff. de Pign. & Hypoth.* partim quòd contingere possit, ut pignus sit minoris pretij, quàm quod debetur: partim etiam, quia non oportet lucrum injustum penes possessorem relinqui, quâ de re vide Bachov. *dicto loco* peracutè disputantem contra Fabrum.

Tempus, quo hæc Actio durat, 7 haud uniforme est, vel enim pignus possidetur à tertio bonæ fidei possessore justo titulo, & Actio inter præsen-

ſentes ſpatio decennij, inter abſentes autem vicennij excluditur. Oldendorp. *dict. n. 5. in fine*: ſi autem poſſeſſor nullum habeat titulum, non præſcribit rem pignoratam niſi per 30. annos; quando verò hæc Actio movetur adverſus ipſum debitorem, vel ejus hæredes, indiſtinctè protenditur. ad 40. annos. *l. notiſſimi Juris §. 1. Cod. de præſcript. 30. vel 40. ann.* & Schneidevv. *in dict. §. n. 94.*

ACTIO

In factum pro jure Antichreſeos.

SUMMARIUM.

1. *Quid ſit Pactum Antichreſis, & utrùm licita.*
2. *Jure Civili toleratur.*
3. *Quotuplex ſit.*
4. *Quæ res in antichreſin dari poſſint.*
5. *Cur detur actio in factum.*

1 TErtia eſt Actio in factum pro jure Antichreſeos, quæ occaſione juris hujus prodita eſt; Eſt autem hoc jus nihil aliud, quàm facultas re oppignoratâ utendi fruendi Creditori à debitore conceſſa pro uſurâ æris alieni, donec illud ſolvatur. Lauterbach. *in diſput. de jur. antichreſ. theſ. 6.* Petr. Myllerus *in not. ad Struvium Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 19. theſ. 57.* De jure Canonico negotium hoc ut uſurarium regulariter damnatur; *cap. 1. & 2. Extr. de uſur. cap. 7. Extr. de jurejur.* ratio juris ſacri eſt, quia Creditor pecuniam ſterilem debitori tradit, & econtra Creditor fertilem recipit, adeóque contra æqualitatis juſtitiam agi videtur.

De jure verò Civili hoc pactum toleratur, *l. 14. & l. 17. Cod. de uſur. l. 8. ff. in quib. cauſ. pign. tacit. contrah.* ratio partim datur in *dict. l. 17.* quòd incertus ſit fructuum eventus, partim etiam hoc negotium ab injuſtitia defendunt Civiliſtæ, à Lauterbach *in dict. diſput.* & Brnnnemano *ad cit. l. 17. Cod. de uſur.* relati, ex eo fundamento, quòd & pecunia accedente induſtriâ & experientia utentis vim ſuam ad fructus gignendos præſtet, metiendúſque ſit pecuniæ uſus cum fructu & emolumento aſcititio, quod provenit occaſione rerum & mercium comparatarum, quæ ſurrogantur in locum fructuum. Vid. *Gall. l. 2. obſervat. 3.* Mynſinger *Centur. 6. obſervat. 71.* Chriſtoph. 2

ab

ab Hagen *in tract. de Usur. cap. 11. à num. 63.* Berlich. *part. 2. decis. 170.* qui attestantur, pactum antichreseos de generali consuetudine esse approbatum.

3 Porrò hæc conventio Antichretica vel est expressa, vel tacita: illa est, qua verbis expressis convenitur, ut rei in pignus datæ fructus Creditor percipere possit, hæc, quæ ex præsumpta profluit voluntate, si nimirum debitor absque promissione usurarum pecuniam mutuam recipit, & pignus sine fructuum reservatione tradit. *l. 8. ff. in quib. caus. pign. tacit. contrah.* Nec obstat, quòd Creditor utendô re oppignoratâ furtùm faciat; *l. 54. ff. de furt.* accedit enim in hoc casû voluntas debitoris, ergo furtum committi nequit, utpote quod invito solùm Domino fieri solet. §. *6. Instit. de obligat. quæ ex delict. nascunt.*

4 Ad hoc autem, ut contractus seu negotium antichreticum consurgat, deposcitur ex parte objecti, ut res talis sit, quæ pignori dari, & validè alienari possit, *Novell. 120. cap. 3.* simúlque sit fructifera, sive dein ex se fructus proferat, sive solùm civiliter & occasione rei percipi fructus possint. *l. 11. §. 1. ff. de pignor. & hypoth. l. 14. Cod. de Usur.* vide latè differentem Petrum Myllerum *in not. ad Struvium syntagm. jur. Civil. exercitat. 19. thes. 51.* Berlich. *part. 2. decis. 170.* Lautterbach. *in dict. disput. à thes. 24.*

5 His prænotatis, tali Creditori Antichretico, si possessionem rei in pignus datæ amiserit, præter actionem hypothecariam etiam actionem in factum tribuit Martianus *in l. is qui §. 1. ff. de pignor. & hypoth.* in verb. *si possessionem amiserit, solet in factum actione uti.* Rationem dat Cujacius *in Novell. 32. cap. 35.* quòd antichresis propriè non sit hypotheca, sed facto aliquo, ab hujus natura exorbitante, temperatum negotium; hinc, quemadmodum debitori solutâ pecuniâ præstituta est actio pignoratitia directa, ita quoque creditor, si ante acceptam pecuniam rei in antichresin traditæ amisit possessionem, in factum actione uti poterit. Brunneman. *in l. 11. §. 1. ff. de pignor. & hypothec.* Wisenbach *ff. eod. n. 14. in fin.* Notanter tamen est advertendum vocabulum *solet*, ex quo hypothecaria non excluditur actio. vid. Haersolte *in adversar. de Action. part. 4. act. 3.*

gò Verfänget. 7. si sit Lunaticus, Mondäugig / cujus visus cum revolutione lunæ crescit, & decrescit. 8. si habet pedes exanimes, seu vernaculâ voce si sit Kernschwündig. 9. wann es mit dem Wurmb behafftet / qui morbus, ubi ad testes pertingit, incurabilis efficitur; de quibus omnibus videatur Rövenstrunck *in Meditat. Ædilit.* Petr. Myller. *in not. ad Struv. exercit. 27. thes. 7.*

4 His igitur succinctè præmissis, dubium est, utrum ex his causis, seu propter hæc vitia agi etiam possit Actione ex empto, quæ juxta superiùs dicta datur ad omnia, quæ ex æquo & bonô, aut propter dolum, vel culpam etiam levem venditoris emptori præstanda veniunt? Quinimo dari & his casibus actionem civilem, remonstrari videtur *ex l. ex Empto §. si Virginem & l. 13. ff. de Action. Empt.* quibus in locis manifestè asseritur, propter recensita vitia quæcunque Actionem Empti moveri posse. His tamen non obstantibus, Actionem Civilem ex Empto perpetuam hìc locum non habere, mihi probabilissimum videtur. Ratio est manifesta, quòd si enim hactenus adhuc locum haberet Actio civilis, frustraneæ essent Ædilitiæ, quoniam nullus tam ineptus inveniendus foret, qui, cùm Actionem perpetuam à Jure sibi propositam haberet, temporali ageret. Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disput. 2. thes. 2. litt. C.* Secundò hæc opinio *ex l. 2. Cod. de Ædilit. Action.* roboratur: ubi Imperator Gordianus negat, Actionem pro servo fugitivo dari, qui post anni lapsum fugit, quod dictus Imperator asserere non posset, si Actio civilis post annum, imò perpetuò daretur.

Nec etiam in contrarium allata adeò momentosa sunt, ut assertionem meam infringant. quòd enim in dicta. *l. 11. §. 3. & l. 13. ff. de Action. Empt.* dicatur, ex his etiam causis, vel si adversùs Ædilitium Edictum peccatum sit, Actionem ex empto dari, intelligendum tantummodò est de Actione ex empto prætoria: quoniam olim ex causis in Edicto propositis ad rescindendum contractum agi non poterat, post Edictum propositum autem Actio ex Empto ità est ampliata, & extensa, ut etiam casus Edicti Ædilitij comprehenderet, sed tamen cum ijsdem qualitatibus, quæ Actionibus Ædilitijs insunt, quæ opinio ex ipsa *l. 11. §. 3. ff. dict. loco* stabilitur, ubi dicitur redhibitoria empti Judicio contineri. Videatur post Bachovium *dict. loco* Adamus Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 27. thes. 12.* Bruneman. *in dict. l. 11. §. 5. ff. de Action. Empt.* 5

Subjectum hujus Actionis sunt personæ, queis hæc Actio conceditur: datur autem primò Emptori, qui animal morbosum, seu aliam rem vitiosam, ab aliquo ignoranter emit, si enim emptor tale vitium compertum haberet, antequam emeret, 6

hæc Actio ei accommodari non posset, in quo casu sibi imputare deberet, cur rem vitio affectam sibi comparaverit, *l. 14. §. ult. ff. de Ædilit.* Secundò datur illi, cui venditor aliquam qualitatem rei venditæ inesse, seu abesse promisit: quemadmodum patet ex exemplis *in l. 19. §. 1. l. 38. §. 10. ff. eodem* designatis. Tertiò ei, qui de vitijs in Edicto propositis à venditore sibi caveri postulavit, venditor autem in postulata haud consensit, sed cautionem præstare recusavit. *l. 28. ff. eod.* Quod si plures fuerint Emptores, & singuli partes ab uno emant, etiam pro parte cuivis Actio competit, si autem omnes in solidum emant, quilibet eorum in solidum hanc Actionem exercere poterit; *l. quod si nolit §. si venditor ff. de Ædilit. Edict.* aliter res se habet, si servus communis aliquam rem vitiosam emerit, aut plures uni exstiterint Hæredes, in quo casu omnes in hanc Actionem communem consentire debent, *dict. l. quod si nolit §. 5. ff. eodem* Ratio est, ne fortè injuriam patiatur Venditor, ac propterea unum Procuratorem constituere tenentur. Colleg. Argent. *ff. de Ædilit. Edict. n. 25.*

7 Conceditur adversùs Vendentem rem vitiosam, seu morbosam, nec refert, sive vitium ei innotuerit, sive non, & ejus hæredes, *l. 48. §. 5. ff. de Ædilit. Edict.* modò tamen illud vitium tempore Venditionis rei Venditæ insit. *l. 54. ff. de Ædil. Edict. & l. 3. Cod. eod.* Perez *in Cod. n. 4.* videantur, qui referuntur à Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 27. thes. 5. in fine.* Carpzov. *part. 2. constit. 4. definit. 18.* Si plures fuerunt Venditores, singuli in solidum tenentur, nisi singuli suam partem scorsim vendiderint. *l. 31. §. 10. ff. de Ædilit. Edict.* videatur tamen *l. justissimè §. 1. ff. eodem.* Schyz *in Lauterbach ff. eodem.* Oldendorp. *Class. 4. action. 2.* Wisenb. *disput. 41. thes. 1.* ita tamen, ut, si plures Socij jumentum aliquod morbosum vendiderint, ille hac actione pulsetur, qui maximam, vel nullâ parte minorem habet. *l. 44. §. 1. ff. de Ædilit. Edict.* ibique relati à Brunneman. Petr. Myllerus *in not. ad Struvium Syntagm. jur. Civil. exercit. 27. thes. 8.* ratio est, ne emptor cum pluribus per partes litigandô damnificetur. Datur porrò hæc actio contra fidejussorem quoque, in universam causam acceptum. *l. 56. ff. de Ædilit. Edict.*

Objectum, seu res, quam hæc Actio persequitur, est, ut venditor rem cum fructibus, & omnibus accessionibus recipiat, *l. 21. l. 31. §. 19. l. 60. ff. de Ædilit. Edict.* atque pretium emptori cum usuris, & etiam sumptibus voluntate venditoris factis, refundat, *per l. debet autem 27. & l. illud sciendum §. 1. ff. eodem.* ubi probè animadvertendum est, quòd, si venditor illud vitium, propter quod res redhibetur, sciverit, non sufficiat illud pretium cum usuris, & sumptibus venditionis causâ erogatis restituere, sed etiam ad interesse teneatur, *per l. Ju-* 8

gò Verfanget. 7. si sit Lunaticus, Mondaugig / cujus visus cum revolutione lunæ crescit, & decrescit. 8. si habet pedes exanimes, seu vernaculâ voce si sit Kernschwündig. 9. wann es mit dem Wurmb behafftet / qui morbus, ubi ad testes pertingit, incurabilis efficitur; de quibus omnibus videatur Rövenstrunck *in Meditat. Ædilit.* Petr. Myller. *in not. ad Struv. exercit. 27. thes. 7.*

4 His igitur succinctè præmissis, dubium est, utrum ex his causis, seu propter hæc vitia agi etiam possit Actione ex empto, quæ juxta superiùs dicta datur ad omnia, quæ ex æquo & bonô, aut propter dolum, vel culpam etiam levem venditoris emptori præstanda veniunt? Quinimo dari & his casibus actionem civilem, remonstrari videtur *ex l. ex Empto §. si Virginem & l. 13. ff. de Action. Empt.* quibus in locis manifestè asseritur, propter recensita vitia quæcunque Actionem Empti moveri posse. His tamen non obstantibus, Actionem Civilem ex Empto perpetuam hîc locum non habere, mihi probabilissimum videtur. Ratio est manifesta, quòd si enim hactenus adhuc locum haberet Actio civilis, frustraneæ essent Ædilitiæ, quoniam nullus tam ineptus inveniendus foret, qui, cùm Actionem perpetuam à Jure sibi propositam haberet, temporali ageret. Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disput. 2. thes. 2. litt. C.* Secundò hæc opinio *ex l. 2. Cod. de Ædilit. Action.* roboratur: ubi Imperator Gordianus negat, Actionem pro servo fugitivo dari, qui post anni lapsum fugit, quod dictus Imperator asserere non posset, si Actio civilis post annum, imò perpetuò daretur.

Nec etiam in contrarium allata adeò momentosa sunt, ut assertionem meam infringant. quòd enim in dicta. *l. 11. §. 3. & l. 13. ff. de Action. Empt.* dicatur, ex his etiam causis, vel si adversùs Ædilitium Edictum peccatum sit, Actionem ex empto dari, intelligendum tantummodò est de Actione ex empto prætoria: quoniam olim ex causis in Edicto propositis ad rescindendum contractum agi non poterat, post Edictum propositum autem Actio ex Empto ità est ampliata, & extensa, ut etiam casus Edicti Ædilitij comprehenderet, sed tamen cum ijsdem qualitatibus, quæ Actionibus Ædilitijs insunt, quæ opinio ex ipsa *l. 11. §. 3. ff. dict. loco* stabilitur, ubi dicitur redhibitoria empti Judicio contineri. Videatur post Bachovium *dict. loco* Adamus Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 27. thes. 12.* Bruneman. *in dict. l. 11. §. 5. ff. de Action. Empt.* 5

Subjectum hujus Actionis sunt personæ, queis hæc Actio conceditur: datur autem primò Emptori, qui animal morbosum, seu aliam rem vitiosam, ab aliquo ignoranter emit, si enim emptor tale vitium compertum haberet, antequam emeret, 6

hæc

hæc Actio ei accommodari non posset, in quo casu sibi imputare deberet, cur rem vitio affectam sibi comparaverit, *l. 14. §. ult. ff. de Ædilit.* Secundò datur illi, cui venditor aliquam qualitatem rei venditæ inesse, seu abesse promisit: quemadmodum patet ex exemplis *in l. 19. §. 1. l. 38. §. 10. ff. eodem* designatis. Tertiò ei, qui de vitijs in Edicto propositis à venditore sibi caveri postulavit, venditor autem in postulata haud consensit, sed cautionem præstare recusavit. *l. 28. ff. eod.* Quod si plures fuerint Emptores, & singuli partes ab uno emant, etiam pro parte cuivis Actio competit, si autem omnes in solidum emant, quilibet eorum in solidum hanc Actionem exercere poterit; *l. quod si nolit §. si venditor ff. de Ædilit. Edict.* aliter res se habet, si servus communis aliquam rem vitiosam emerit, aut plures uni exstiterint Hæredes, in quo casu omnes in hanc Actionem communem consentire debent, dict. *l. quod si nolit §. 5. ff. eodem* Ratio est, ne fortè injuriam patiatur Venditor, ac propterea unum Procuratorem constituere tenentur. Colleg. Argent. *ff. de Ædilit. Edict. n. 25.*

7 Conceditur adversùs Vendentem rem vitiosam, seu morbosam, nec refert, sive vitium ei innotuerit, sive non, & ejus hæredes, *l. 48. §. 5. ff. de Ædilit. Edict.* modò tamen illud vitium tempore Venditionis rei Venditæ insit. *l. 54. ff. de Ædil. Edict. & l. 3. Cod. eod.* Perez *in Cod. n. 4.* videantur, qui referuntur à Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 27. thes. 5. in fine.* Carpzov. *part. 2. constit. 4. definit. 18.* Si plures fuerunt Venditores, singuli in solidum tenentur, nisi singuli suam partem scorsim vendiderint. *l. 31. §. 10. ff. de Ædilit. Edict.* videatur tamen *l. justissimè §. 1. ff. eodem.* Schyz *in Lauterbach ff. eodem.* Oldendorp. *Class. 4. action. 2.* Wisenb. *disput. 41. thes. 1.* ita tamen, ut, si plures Socij jumentum aliquod morbosum vendiderint, ille hac actione pulsetur, qui maximam, vel nullâ parte minorem habet. *l. 44. §. 1. ff. de Ædilit. Edict.* ibique relati à Brunneman. Petr. Myllerus *in not. ad Struvium Syntagm. jur. Civil. exercit. 27. thes. 8.* ratio est, ne emptor cum pluribus per partes litigandô damnificetur. Datur porrò hæc actio contra fidejussorem quoque, in universam causam acceptum. *l. 56. ff. de Ædilit. Edict.*

Objectum, seu res, quam hæc Actio persequitur, est, ut venditor 8 rem cum fructibus, & omnibus accessionibus recipiat, *l. 21. l. 31. §. 19. l. 60. ff. de Ædilit. Edict.* atque pretium emptori cum usuris, & etiam sumptibus voluntate venditoris factis, refundat, *per l. debet autem 27. & l. illud sciendum §. 1. ff. eodem.* ubi probè animadvertendum est, quòd, si venditor illud vitium, propter quod res redhibetur, sciverit, non sufficiat illud pretium cum usuris, & sumptibus venditionis causâ erogatis restituere, sed etiam ad interesse teneatur, *per l.*

Julianus ff. de Action. Empt. quinimo si pretium cum usuris restituere jussus mandato non paruerit, sed potiùs se contumacem ostenderit, in duplum condemnabitur, *l. Redhibitoria 45. ff. de Ædilit. Edict.* conferatur post illos, qui referuntur à Bruneman. *in dict. l.* Wisenbach *ad Pandect. disput. 41. thes. 1. n. 9.* atque in tali contingentia hæc actio arbitraria appellatur. Bachov. *in Treutl. vol. 2. disput. 2. thes. 1. litt. D.* Struv. *Syntag. Jur. Civil. Exerc. 27. thes. 8.* Non solùm autem emptor ad refusionem pretij agere potest, sed etiam ad liberationē, si fortè ipse, aut loco illius alius quispiam pro pretio se obligavit, *l. illud sciendum est §. 1. ff. de Ædilit. Edict.* Oldendorp. *Class. 4. Action. 2. n. 7.* quod etiam ad eum casum extendit, quo Emptor tantummodo præviam suspicionem ex circumstantijs, seu signis conjecturalibus concipit de vitio rei, seu morbo animalis latente, ut adversùs venditorem ad cautionem, seu repromissionem hanc Actionē instituere possit. per *l. quod si nolit §. qui mancipiū 21. ff. de Ædil. Edict.* Quoniam autem hæc actio contraria non est, sed utrinque directa, ad instar Actionum Civilium ex Empto, & Vendito descendentium, non minùs Venditori adversùs Emptorem ad suam indemnitatem, quàm Emptori adversùs Venditorem competit, per textus *in l. cum autem 23. §. cum redhibetur. & l. quod si nolit. §. restitui. ff. eod.* sicut exponit prolixiùs Oldendorp. *dict. loco n. 7. in fine.* quod tamen passim negatur.

Dubium est primò, an etiam hæc 9
Actio eo casu competat, quo res vitio affecta, seu animal morbosum est redhibitum, adversùs venditorem ad recuperandum pretium? Quo loco negativa Sententia recepta, atque prodita est Actio in factum perpetua, *per l. quod si nolit §. in Factum 17. ff. de Ædilit. Edict.* postquam enim res est redhibita, pretium penes venditorem sine causa esse incipit, ac propterea iniquum videtur, emptorem & re, & pretio carere, atque simul Actionem 6. mensibus absorberi. Bachov. *in Treutl. dict. vol. 2. disput. 2. thes. 2. litt. B.* Brunneman. *in dict. l. 31. §. 17. n. 5.* Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 27. thes. 11.* Schyz *in Lauterbach ff. de Ædilit. Edict.* ob quas rationes, & quòd etiam Actiones Prætoriæ rei persecutionem continentes, quando non collimant ad rescissionem contractûs, perpetuæ sint, etiā hæc Actio in factum, licèt Prætoria sit, perpetuò durat. *l. in Honorarijs 35. ff. de Oblig. & Act.*

Dubium est secundò, an hæc A- 10
ctio redhibitoria protendatur ad venditiones à Fisco factas? Quo in passu negativa denuo clarè est decisa *in l. 1. §. 3. ff. de Ædilit. Edict.* Ratio specialitatis est privilegium fisci, qui ut plurimum solet venditare sub hasta. Bachov. *in Treutl. vol. 2. disput. 2. thes. 2. litt. F.* Struv. *Syntagm. Jur. Civil. dict. Exerc.*

thes.

thes. 4. cœteroquin non solùm hoc Edictum habet locum in emptione, *l. 1. ff. de Ædilit. Edict.* sed etiam in datione in solutum, *l. 4. Cod. de Eviction.* ac in permutatione, *l. 19. §. 4. ff. de Ædilit. Edict.* & denique in divisionibus, quæ vim permutationis habent. *l. 20. ff. famil. hercisc.* Porrò tempus huic Actioni præfinitum sunt regulariter 6. menses; *l. sciendum tamen 19. §. final. ff. de Ædilit. Edict.* dixi *regulariter*, in uno enim, vel altero casu brevius tempus determinatum est, quando nimirum venditor de vitio ab emptore fortè præsumpto ad postulationem emptoris cavere noluit, tantummodò per duos menses durat, *l. si Venditor. 28. ff. dict. loco.* aut si longius tempus à parte expressum placuit. *l. 31. §. 22. & l. 38. ff. eodem.*

11 Tempus autem illud ratione initij videtur esse continuum, statimque currere à tempore factæ venditionis, seu promissionis à venditore emptori factæ, per apertam constitutionem *l. 19. §. ult. ff. de Ædil. Edict.* tametsi ratione cursûs utile sit, nec enim computantur dies non Juridici, seu queis copia Magistratûs, aut Prætoris haberi nequit. dict. *l. 19. §. ult. & l. 55. ff. de Ædilit. Edict.* si tamen textus in dict. *l. 19. §. fin.* & *l. 55 ff. de Ædilit. Edict.* conjungantur, verior mihi videtur opinio dicentium, tempus Actioni redhibitoriæ præfixum esse tam ab initio, quàm in cursu utile, videatur Bruneman. *in dict. l. 55. ff. eodem.* De jure nostrô Bavaricô si equus est venditus, & intra 14. dies de tribus vitijs, *tit. 6. art. 4.* expresse determinatis, nulla est facta oppositio, præscriptum est actioni redhibitoriæ, Clariss. D. Rhat *de different. Jur. comun. & Bavaric. assert. 55.* Balthasar *tit. 4. resolut. 4. n. 24.* Illustrissimus Baro Schmid *ad Jus Bavaric. tit. 6. art. 4. n. 18.* in reliquis autem vitijs & defectibus nulla Jus commune inter, & Bavaricum videtur esse differentia.

ACTIO

Quanti minoris, seu Æstimatoria.

SUMMARIUM.

1. *Describitur Actio æstimatoria, seu quanti minoris.*
2. *Est in Arbitrio Actoris, qua Actione agere velit, an quanti minoris, an redhibitoriâ.*

1 Quinta in hac Digestorũ parte, & secunda ex hoc proposito Edicto Ædilitio profluens est actio quanti minoris, seu passim æstimatoria dicta:

cta: Causa ejus remota est itidem contractus emptionis, & proxima obligatio inde descendens; si enim Emptor non obstante, quòd vitium rei emptæ inhærens ante contractum scivisset, attamen contractum celebrâsset, sed non tanto pretio, *l. quoties, 61. ff. de Ædil. Edict.* Perez *in Cod. de Ædilit. Action. n. 5.* hæc Actio pro diminutione pretij conceditur, ijsdemque casibus omnibus competit, quibus redhibitoria: differunt tamen quoad tempus, & quòd redhibitoria tendat ad rescindendum contractum, secùs æstimatoria, quâ Emptor adversùs Venditorem agit ad diminutionem pretij solumodò. Schyz. *in Lauterbach de Ædilit. Edict.* Sichard. *de Ædilit. Action. num. 10.*

2. Ac propterea in arbitrio Actoris est, an æstimoriâ, aut Redhibitoriâ eo casu agere velit, quo rem adeo vitiosam emit, ut, si scivisset vitium, eam non emisset, repetitóque pretio rem venditori restituere, vel partem pretij repetere malit, *l. 25. §. 1. ff. de Except. Rei Judicat.* unà tamen electâ, altera consumitur, quemadmodum magis elucescit *ex dict. l. §. 11.* Obstare quidem videtur textus in *l. 43. §. 6. ff. de Ædilit. Edict.* ubi dicitur, quòd aliquando etiam mancipium redhiberi possit, licèt æstimatoriâ actum sit; sed sanè re penitùs penetratâ non refragatur, Respondeo enim, sensum inibi non esse, quòd æstimatoriâ, seu quanti minoris Actione finita restaurari possit redhibitoria, sed quòd propter magnam necessitatem, seu affectionem, quæ inter has Actiones intercedit, Judex ad redhibitionem condemnare possit reum, tametsi Actio quanti minoris instituta sit, eo præsertim casu, quo res Emptori inutilis foret. Conferatur post Bruneman. *in dict. l. 43. §. 6. ff. de Ædilit. Edict.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disput. 2. thes. 3. litt. A.* Wisenbach. *part. 1. disput. 41. thes. 10.* non tamen ob quæcunque vitia fit æstimatio, sed ob levia tantùm, exgr. in equo, si linguam ex ore projiciat, wann es die Zungen schiessen lasset; 2. wann es ein Stösser ist/ oder 3. wann es ein Glaß-Augen hat; 4. wann es hartmaullig ist. 5. wann es stätts den Zaum abstraifft / 6. wann es umhaltig ist / oder 7. nicht auffsitzen last. 8. das sich leicht überwürfft. 9. das sich ins Wasser leget. 10. das sich nicht beschlagen lasset. 11. das Vollhüffig ist. 12. daß die Eisen hauet / & alia plura, quæ post Rövenstrunck *in sua Meditat. Ædilit.* recenset Petr. Myllerus *cit. exercit. 27. thes. 8.* Alia esset quæstio eo casu, quo quis unâ ex his Actionibus egit, eáque succubuit, an ad aliam regredi queat? Respondeo, vel succubuit ratione causæ has Actiones producentis, vel ratione temporis? priori casu nullus ampliùs datur regressus: posteriori autem casu denuo subdistinguendum est: aut egit Actione æstimatoria, & nullus ei datur regressus ad redhibitoriam, benè autem vicissim, modò

modò non utriúsque tempus elapsum sit. Tempus vero quod attinet hujus Actionis, est annale, & quidem utile tam ab initio, quàm in cursu; *l. cum proponas 2. Cod. de Ædilit. Act. l. 19. §. ult. ff. de Ædilit. Edict.* abbreviatur tamen hoc tempus non secus, ac in redhibitoria, eo casu, quo ad petitionem emptoris de vitio fortè latente venditor cavere recusavit, cui postea Emptor ulteriùs haud contradixit, & perinde res emit, ac si cautionem præstitisset. *l. 28. ff. dicto loco.*

ACTIO

De Evictione.

SUMMARIUM.

1. *Ex Empto duæ oriuntur Actiones.*
2. *Quid sit evincere, & quod primum requisitum Actionis de Evictione?*
3. *Secundum requisitum, ubi simul exponitur sensus* l. 29. ff. de Evict.
4. *Tertium requisitum.*
5. *Describitur Actio ex stipulatu pro Evictione.*
6. *Describitur Actio ex Empto de Evict.*
7. *Quibus illa detur, & adversus quos?*
8. *An detur adversus Fidejussorem?*
9. *An Procurator teneatur de Evictione?*
10. *An Creditor teneatur de evictione, qui pignus vendidit?*
11. *Ad quid teneatur Creditor nominis?*
12. *Declaratur ulteriùs natura hujus Actionis.*

1 SExta est Actio de Evictione; pro clariori intellectu hujus Actionis asserit Burgund. *Tract. de Evict. cap. 2. n. 7.* duas ex Empto oriri Actiones, primariam videlicet, & secundariam: priorem competere ad urgendam traditionem rei venditæ, de qua in Emptione principaliter agitur, posteriorem autem pro cæteris, quæ ex æquo & bono præstari debent: quæ ut faciliùs imbibantur, præcipuè annotandum est,

Evincere in jure non esse aliud, 2
quàm rem venditam è bonis possessoris, seu emptoris per victoriam in Judicio obtentam aufferre: Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 27. thes. 15. per l. 67. ff. de Evict.* vel est rei ab aliquo possessæ, ad instan-

ſtantiam fortius jus habentis per Judicem facta avocatio.

2 Unde ad hoc, ut evictionis nomine Actio inſtitui poſſit, requiritur primò, ut Authori ſuo ſeu Venditori denuntiet emptor, judicium adversùs ſe propter rem emptam eſſe intentatum, *l. 29. §. ult. ff. & l. 8. Cod. de Evict.* quæ neceſſaria eſt, tametſi author præſciat litem eſſe motam: ſicut tradit Struv. *dict. loco theſ. 28.* Wiſenbach *part. 1. diſput. 41. theſ. 19.* Covar. *Variar. reſolut. cap. 17. n. 3.* atque licèt præſens ſit venditor, tamen denunciatio requiritur *per l. ſi ideo 55. §. 1. ff. de Evict.* quinimo ſingulariter quoque receptum eſt, ut hæc denunciatio etiam pupillo ſoli facta effectum habeat, caſu quo tutor non appareat, *per l. ſi dictum 56. §. 7. ff. de Evict.* Ratio eſſe poteſt, quòd hic agatur de damno vitando, & jure ſuo conſervando, ubi non neceſſariò requiritur legitima perſona; *l. 39. §. fin. ff. eodem.* nec etiam hoc loco ſufficit ſimplex, & rudis litis denuntiatio, ſed potiùs ſolemnis poſtulatio, ut veniat, & evictionis nomine emptorem defendat, *l. Herennius §. 1. ff. de Evict.* qui in foro rei comparere, aſſiſtendòque eum defendere tenetur. *l. 49. ff. de Judic.*

3 Secundò requiritur, ut res ſit Judicialiter per ſententiam Judicis evicta; *l. 16. §. 1. l. 24. ff. de Evict.* quòdſi igitur ante Judicis Sententiam Actori, fortè cauſam injuſtam foventi, ultro res ſit reſtituta, aut liti renuntiatum, vel ab emptore tranſactum, aut denique compromiſſum ſit, nulla competit evictionis nomine Actio. *l. 56. §. 1. ff. & l. 17. Cod. de Evict.* Reſiſtere his quidem videtur textus *in l. 29. ff. de Evict.* ſed ibi agitur ſolùm de exceptione concedenda, & alio longè diverſo caſu, quo nimirum pretium non erat exſolutum, & evictio in limine contractûs imminet, ac proinde emptor ſibi ſufficienter caveri deſiderat, retinendo pretium, donec à creditore ſatisfactum ſit. Struv. *in ſuis Evolut. Exercit. 27. theſ. 30.* Bruneman. *in dict. l. &* Carpz. *part. 2. conſtit. 34. definit. 31.*

Tertiò requiritur, ut res jure ex 4
bonis debitoris aufferatur, ſeu evincatur, ſi enim per imprudentiam, ſeu injuriam Judicis evinceretur, nulla adversùs Venditorem Actio naſceretur. *l. ſi per imprudentiam 51. ff. de Evict.* Burgund. *de Evict. cap. 1. in fine.*

His itáque præſuppoſitis, ſcien- 5
dum eſt, evictionis nomine duplicem Actionem dari, aliam videlicet ex ſtipulatu, & quidem ex cautione in duplum, tametſi enim etiam ſubinde in ſimplum concipiatur, pœna tamen dupli ideo adjicitur, ut Emptor relevetur ab onere probandi intereſſe, difficile quippe eſt Emptori probare, quanti ſua interſit, rem non eſſe evictam: Alteram ex empto; prior illa propriè dicitur Actio de Evictione ſtrictè ſumpta, nec enim illa

la conceditur, nisi res ipsa aut pars ejus homogenea, aut usus fructus, vel usus evincatur; *l. 56. §. 2. ff. de Evict.* si enim pars aliqua saltem Heterogenea, veluti columna, seu trabs ædium evincatur, haud competit hæc Actio. *l. 23. §. 1 ff. de Usucap.* De natura hujus Actionis suo loco plura exponentur.

6 Actio autem de Evictione ex empto, quæ propriè mei est propositi, oritur partim ex contractu emptionis & venditionis, partim autem propter evictionem. Causa igitur ejus remota est contractus emptionis, proxima est obligatio secundaria de Evictione præstanda: nascitur ab initio tantùm sub conditione, *si res evicta sit. l. Evicta ff. de Evict.* antequam enim res actualiter evicta non est, nulla Actio de Evictione competit. Burgund. *Tract. de Evict. dict. cap. 2. n. 7. in fine.*

7 Competit emptori, & ejus hæredibus adversùs venditorem, & ejus hæredes, ex *l. ex Empto §. deniq; ff. de Act. Empt.* personam enim venditoris successores repræsentát. *l. 5. ff. usufruct. quemadm. &c.* Quæstio tamen est hoc loco non prætereunda, an hæc Actio etiam adversùs illum porrigatur, qui promisit evictionem de facto suo, quòd nempè per se res vendita nullo modo, si fortè eam acquisivisset, aut vero Domino successisset, evincenda sit, postea autem contingit, ut res ab extraneo evicta sit? Respondeo, hoc in casu Actione de evictione conveniri non posse, pretium tamen condictione sine causa restituere teneri per textum apertum in *l. ex Empto §. qui autem ff. de Action. Empt.* Ratio redditur ab Ulpiano, quòd bonæ fidei contractus hanc conventionem non patiatur, ut emptor rem amitteret, & venditor pretium retineret; Bruneman. *in dict. §.* Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 27. thes. 34.* Burgund. *dict. Tract. cap. 39. n. 5.* tametsi enim valeat stipulatio, seu pactum, ne pretium repetatur, non tamen tali conventione hoc actum esse intelligi potest. *dict. §. qui autem, in verbis finalibus.* Et ulterior ratio est, cùm æquitas non indulgeat, venditorem locupletari cum emptoris jactura; *l. si cum Servo 23 ff. de Reb. credit.* videatur Surdus *lib. 1. consil. 36. n. 22.* propter quam rationem etiam eo casu pretium ab emptore condici posse arbitror, quo pactus est venditor, ne teneatur de evictione respectu certæ personæ, seu certæ causæ, aut quô simpliciter non teneri stipulatus est. Adversùs illum tamen non competit Actio de evictione, nec aliud remedium, qui scienter rem alienam, seu alteri obligatam emit. *l. qui fundum 27. Cod. de Evict.*

Quæstio est secunda, an Actio de evictione detur adversùs Fidejussorem? cujus affirmativa clarè est decisa in *l. 40. ff. & l. 7. Cod. de Evict.* quòd nimirum non tan- 8

 tum

tùm fidejuſſores, ſed etiam ejus hæredes teneantur. *l. 18. Cod. eodem.* quinimo fidejuſſor eo etiam caſu de Evictione tenetur, quo fortè titulo quocúnque factus dominus rem vindicare & evincere attentat: exceptione enim ab evictione ſubmovetur, cùm non ſolùm venditori expreſſum præſtiterit aſſenſum, ſed etiam pro evictione ſe obligaverit, *l. 11. Cod. de Evict.* per conſequens, quem de evictione tenet Actio, multò magis agentem repellet exceptio. Bruneman. *in dict. l. 2.*

9 Quæſtio eſt tertia, an Procurator rem ex mandato vendens obſtringatur ad præſtandam evictionem? Reſpondeo, vel enim contraxit proprio, vel officij ſeu principalis ſui nomine: priori caſu omnino tenetur de Evictione, quoniam emptor privatam ejus fidem ſecutus eſſe cenſetur, atque contingere potuiſſet, ut non fuiſſet contracturus, ſi ſciviſſet negotium ſibi cum Procuratoris principali futurum. Si autem procuratorio, ſeu officij nomine vendidit, de evictione non tenetur. *l. ult. ff. de Inſt. Action.* Burgund. *in Tract. de Evict. cap. 32. n. 1.* Videatur ad longum Berlichius *deciſ. 252. per totum.* Quod de Procuratore aſſertum eſt, idem de tutore & curatore, rem pupillarem, vel minoris vendentibus, dicendum eſt, *l. cum quadam Cod. de Adminiſt. tut. l. tutorem ff. de His quæ ut ab indign. auffer.* depoſito enim officio omnes Actiones in pupillum, ſeu minorem transferuntur, *dict. l. cum quadam.* qui deinde utili Actione de evictione pulſandi ſunt. *l. illud 4. § 1. ff. de Evict.* Advertendum tamen, quòd pupillus non teneatur ad intereſſe, ſed ſolùm ad refuſionem pretij: quoniam pupillo nihil imputari poteſt, quòd tutor rem alienam diſtraxerit, ſecus eſt in domino, qui rem alienam vendi mandavit, cui propter mandatum imputari poteſt. Burgund. *de Evict. cap. 32. n. 9.*

Quæſtio eſt quarta, an creditor 10 diſtrahens pignus teneatur de evictione? Hæc quæſtio *ex l. 1. Cod. creditorem Evict. pignoris non debere*: reſoluta eſt, ibique apertè cautum, ut, quando creditor ex indulto legis, vel pacto pignus vendit *juxta §. 1. Inſt. quibus alienare licet*, haud teneatur de evictione, *l. 2. Cod. dict. tit. l. & ſi is 10. ff. de diſtract. pign.* ad præſtanda tamen inſtrumenta crediti, ſuúmque jus cedendum emptori adſtringatur; *l. creditor 13. ff. eodem*: eapropter emptor debitorem, qui pignus ſuo authori tradidit, utili pignoratitia, ſeu potiùs Actione ceſſa convenire poteſt. *l. in venditore 38. ff. de Evict.* Non autem tantùm ſimpliciter creditor à præſtanda evictione immunis eſt, ſed nec pretium reſtituere obligatur, *l. reſcriptum 12. §. 1. ff. de diſtract. pignor. l. ex empto §. ſententiam ff. de Action. empt.* illud enim petendum eſt ab ipſo debitore utili Actione ex empto

pto, [illegible] ſi debitor ipſe per creditorem vendidiſſet. *dict. l. reſcriptum §. 1. ff. eodem.* vide Iacobs Burgund. *in Tract. de Evict. cap. 33. à n. 5.* Aliter absque dubio eſt in eo caſu ſentiendum, quo creditor ſuo nomine, ſeu rem pignoratam tanquam ſuam diſtraxit, vel ſi ſcienter rem alienam ſibi non obligatam vendidit: in ſimilibus enim contingentijs *per l. ſi à creditore 2. Cod. creditorem evict. & l. ex empto §. Sententiam. ff. de Action. empt.* ipſe creditor de evictione tenetur.

10 Quæſtio eſt quinta, ad quid teneatur Venditor nominis, ſeu hæreditatis? Reſpondeo, quemadmodum Hæreditatis venditor tantummodo tenetur præſtare Hæreditatem, & ſe illius hæredem eſſe, *l. cum Hæreditatem ff. de Hæred. & Act. vendit.* ad præſtandam verò evictionem rerum ſingularium non obligatur, *l. 1. Cod. de Evict.* quoniam illæ ſingulariter venditæ non cenſentur, niſi aliud inter contrahentes conventum, aut ſingulæ res nominatim venditæ ſint, *l. Servis 5. ff. de Evict.* ità Actionis ſeu nominis Venditor ſolum præſtare debet, nomen ſeu debitum eſſe jure fundatum, non autem debitorem eſſe locupletem, vel ſufficienter ſolvendo, *l. nomen 4. ff. eodem.* cùm ſolùm jus in ſua qualitate conſiſtens, non etiam, ut debitum exigi poſſit, venditum eſſe intelligatur. *l. ſi plus §. qui nomen ult. ff. de Evict.* Struv. *Syntagm. Jur. Civil. Exercit. 27. theſ. 23.*

Objectum Actionis de evictione ex empto eſt totum intereſſe emptoris, *l. ſi in vendit. 60. & l. re Evict. 70. ff. de Evict.* ſub quo intereſſe non modò computatur pretium pro re empta exſolutum, ſed etiam damnum & acceſſiones, quinimo lucrum interceptum; *l. vend. 8. & l. ſed & ſi poſtea 15. §. 1. ff. eodem.* Wiſenbach *ad ff. part. 1. diſput. 41. theſ. 23.* in cæteris hæc Actio per omnia ſortitur naturam Actionis ex empto primariæ, & ideo ſicut illa, ita & hæc perpetua erit, per rationem ſuperiùs allatam. Pro coronide tamen adverte, quòd, licet per ea, quæ ab initio admonui, etiam in reliquis contractibus ſimilem neceſſitudinem cum emptione, & venditione habentibus locum habeat evictio, propriè tamen dicta evictio in illis contractibus, in quibus ad dandum, ſeu dominium transferendum quis obligatur, haud procedat, quoniam datum non videtur, quod ità datum, ut habere non liceat, *l. qui concubinam 29. §. ſi hæres ff. de legatis 3.* ac propterea à primaria obligatione petendi non liberatur, ſed primæva Actio perdurat. *l. 1. §. 3. & 4. ff. de rerum permutat. l. 8. & 9. Cod. de Sentent. & interlocut. omn. Jud.* quare ſicut in permutatione datur Actio præſcriptis verbis, quando res aliqua evincitur, ità etiam, ſi inter cohæredes facta eſt diviſio, illa competit. *l. ſi filia §. ſi*

Pater ff. familiæ herciſcund. Ratio eſt, quia talis diviſio nihil eſt aliud, quàm permutatio, Burgund. *de Evict. cap. 14. n. 15.* quod pariter procedit in transactione eo ſaltem caſu, quo actum eſt, ut aliquo dato fundus, ſeu ædes retineantur, aut viciſſim transferantur, in ſimili enim contingentia transactio tranſijt in contractum permutationis. *l. ſi pro fundo 33. Cod. de transact. & ibi* Bruneman. videantur citati apud Berlich. *part. 1. concluſ. 25. num. 45.*

ACTIO

Deſerti teſtimonij.

SUMMARIUM.

1. *Quid ſit Actio deſerti teſtimonij.*
2. *Quæ olim fuerit actio ex ſponſalibus in Latio orta.*

1 SEptima, quæ in hac Pandectarum parte occurrit, Actio dicitur *deſerti teſtimonij*, deſcribiturque, quòd ſit actio Civilis, perſonalis, pœnalis, cujus cauſa remota eſt injuſta ac temeraria delati jurisjurandi, ac dicendi teſtimonij recuſatio, proxima eſt obligatio; datur adversùs illos, qui legitimè citati ad jurandum, & teſtimonium dicendum comparere recuſant, ad eos dictatâ mulctâ pecuniariâ, aut captis ac diſtractis pignoribus, ut jurent ac teſtimonium ferant, compellendos; illi verò, qui ad teſtimonium dicendum cogi non poſſunt, hac actione non tenentur; vide Hærſolte *in adverſar. de action. part. 4. act. 7.*

Septimæ hic addi poſſet Actio, 2
quæ olim in Latio ex ſponſalibus naſcebatur, cùm tamen de Jure Romano ideò nulla oriretur, ut illibata maneret matrimonij libertas; *argt. l. 1. Cod. de Sponſal.* at cùm hodie in noſtris ſaltem terris hoc in paſſu Juri Canonico aſſurgamus, ei hanc materiam relinquo.

ACTIO

Ex stipulatu pro dote petenda.

SUMMARIUM.

1. *Quando hæc Actio detur?*
2. *Quid sit hæc Actio.*
3. *Fundamenta illorum, qui affirmant, hanc Actionem esse bonæ fidei?*
4. *Fundamenta affirmantium esse stricti Juris.*
5. *Confutantur fundamenta asserentium esse bonæ fidei.*
6. *Cui detur hæc Actio, & adversùs quem?*
7. *An adversùs patrem, qui nullam dotem promisit?*
8. *Objectum hujus Actionis describitur.*
9. *An debeantur fructus & usuræ?*

1 OCtava est Actio ex stipulatu pro dote petenda, quemadmodum enim marito incumbit onus alendi uxorem cum tota familiâ, atque omnia Matrimonij onera perferendi, ità æquissimum est, ut ipsi dos promissa solvatur, textus litteralis *in l. dotis fructus 7. ff. de Jure dotium*, quoniam ibi dos esse debet, ubi sunt onera matrimonij sustinenda. *l. si is qui §. ibi dos esse ff. eod.* Si igitur Marito vel per stipulationem veram, aut invalidam, vel etiam per nudum pactum dos est constituta, atque non tradita, vel soluta, ad eam consequendam ei indistinctè competit Actio ex stipulatu, quoniam, tametsi nulla intervenit stipulatio, semper tamen intervenisse, aut si invalida, vel nulliter contracta, semper valida esse fingitur; per *l. un. Cod. de Rei Uxor. Actione.* dixi *fingitur*, non præsumitur, si enim tantummodo præsumeretur, probato contrario, & adveniente veritate cessaret præsumptio. Schambog. *in §. fuerat Instit. de Action.*

Describi igitur potest Actio ex stipulatu pro dote petenda, quòd sit personalis, Civilis, rei persecutoria stricti Juris, competens Marito adversùs Uxorem, ejus patrem, vel denique adversùs quemvis promittentem, ad consequendam dotem. quæ verba in hac definitione posita vix dubium movebunt, præterquàm verba *stricti Juris*: quemadmodum enim Actio ex stipulatu pro dote repetenda, utpote in locum Rei uxoriæ Actionis substituta, hodie bonæ fidei est, ità hæc etiam communiter inter Actiones bonæ fidei reputatur. Videantur post D. Manz. Schambogen Brunneman. Schneidevv. illi, qui allegantur à 2

Pater ff. familiæ herciscund. Ratio est, quia talis divisio nihil est aliud, quàm permutatio, Burgund. *de Evict. cap. 14. n. 15.* quod pariter procedit in transactione eo saltem casu, quo actum est, ut aliquo dato fundus, seu ædes retineantur, aut vicissim transferantur, in simili enim contingentia transactio transijt in contractum permutationis. *l. si pro fundo 33. Cod. de transact. & ibi* Bruneman. videantur citati apud Berlich. *part. 1. conclus. 25. num. 45.*

ACTIO

Deserti testimonij.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Actio deserti testimonij.*
2. *Quæ olim fuerit actio ex sponsalibus in Latio orta.*

1 SEptima, quæ in hac Pandectarum parte occurrit, Actio dicitur *deserti testimonij*, describiturque, quòd sit actio Civilis, personalis, pœnalis, cujus causa remota est injusta ac temeraria delati jurisjurandi, ac dicendi testimonij recusatio, proxima est obligatio; datur adversùs illos, qui legitimè citati ad jurandum, & testimonium dicendum comparere recusant, ad eos dictatâ mulctâ pecuniariâ, aut captis ac distractis pignoribus, ut jurent ac testimonium ferant, compellendos; illi verò, qui ad testimonium dicendum cogi non possunt, hac actione non tenentur; vide Hærsolte *in adversar. de action. part. 4. act. 7.*

Septimæ hic addi posset Actio, 2
quæ olim in Latio ex sponsalibus nascebatur, cùm tamen de Jure Romano ideò nulla oriretur, ut illibata maneret matrimonij libertas; *argt. l. 1. Cod. de Sponsal.* at cùm hodie in nostris saltem terris hoc in passu Juri Canonico assurgamus, ei hanc materiam relinquo.

ACTIO

Ex stipulatu pro dote petenda.

SUMMARIUM.

1. *Quando hac Actio detur?*
2. *Quid sit hac Actio.*
3. *Fundamenta illorum, qui affirmant, hanc Actionem esse bonæ fidei?*
4. *Fundamenta affirmantium esse stricti Juris.*
5. *Confutantur fundamenta asserentium esse bonæ fidei.*
6. *Cui detur hæc Actio, & adversùs quem?*
7. *An adversùs patrem, qui nullam dotem promisit?*
8. *Objectum hujus Actionis describitur.*
9. *An debeantur fructus & usuræ?*

1 OCtava est Actio ex stipulatu pro dote petenda, quemadmodum enim marito incumbit onus alendi uxorem cum tota familiâ, atque omnia Matrimonij onera perferendi, ità æquissimum est, ut ipsi dos promissa solvatur, textus litteralis *in l. dotis fructus 7. ff. de Jure dotium*, quoniam ibi dos esse debet, ubi sunt onera matrimonij sustinenda. *l. si is qui §. ibi dos esse ff. eod.* Si igitur Marito vel per stipulationem veram, aut invalidam, vel etiam per nudum pactum dos est constituta, atque non tradita, vel soluta, ad eam consequendam ei indistinctè competit Actio ex stipulatu, quoniam, tametsi nulla intervenit stipulatio, semper tamen intervenisse, aut si invalida, vel nulliter contracta, semper valida esse fingitur; per *l. un. Cod. de Rei Uxor. Actione.*] dixi *fingitur*, non præsumitur, si enim tantummodo præsumeretur, probato contrario, & adveniente veritate cessaret præsumptio. Schambog. *in §. fuerat Instit. de Action.*

Describi igitur potest Actio ex stipulatu pro dote petenda, quòd sit personalis, Civilis, rei persecutoria stricti Juris, competens Marito adversùs Uxorem, ejus patrem, vel denique adversùs quemvis promittentem, ad consequendam dotem. quæ verba in hac definitione posita vix dubium movebunt, præterquàm verba *stricti Juris*: quemadmodum enim Actio ex stipulatu pro dote repetenda, utpote in locum Rei uxoriæ Actionis substituta, hodie bonæ fidei est, ità hæc etiam communiter inter Actiones bonæ fidei reputatur. Videantur post D. Manz. Schambogen Brunneman. Schneidevv. illi, qui allegantur à 2

Bachov.

Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disput. 7. thes. 8. litt. H.*

3 Quorum præcipua argumenta sunt, quòd nimirum contractus dotis sit correlativus, & consequenter ex eodem contractu haud possit nasci duplex Actio, quarum una sit bonæ fidei, & altera stricti juris. Secundô quòd Justinianus ipse in allegat. *l. un. §. 2. Cod. de Rei Uxor. Action.* expresse Actionem ex stipulatu pro dote inter Actiones bonæ fidei retulerit, illúdque *in §. fuerat Instit. de Action.* repetiverit, in verbis: *quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei Judicij tantùm in exactione dotis meruit.* ex quibus evincere volunt, Justinianum de utraque tam pro petenda, quam repetenda dote Actione simul tractare. Quam opinionem tertio confirmant asserentes: de ea Actione agitur in *dicto §. fuerat*, de quâ agitur *in §. sed si. dict. l. un. Cod. de Rei Uxor. Act.* at manifestum esse, in citatis versiculis tractari de Actione pro dote repetenda; ergo etiam idem subaudiendum *in §. fuerat.* Quartum argumentum desumunt à paritate privilegij, quòd videlicet hæc actio pro dote petenda non minùs quàm actio, quæ competit soluto matrimonio uxori pro ea repetenda, annexam habeat hypothecã in bonis dotem promittentis, *§. & ut plerique dict. l. un. Cod. de Rei Uxor. Action.* ergo etiam idem dicendum erit de qualitate bonæ fidei.

4 Quibus tamen adversariorum argumentis non obstantibus, mihi præplacet opinio asserentium, actionem pro dote petenda esse stricti Juris, eámque Juri longè conformiorem arbitror. Tenent hanc post Jacob Cuiac. *Consult. 16.* Gyphan. *in l. un. §. cum autem Cod. de Rei Uxor. Action.* Wisenbach *in sæpè allegat. §. fuerat Instit. de Action.* & plures, qui referuntur à Bach. *ad Treutl. part. 2. disput. 7. thes. 8.* Ratio mea fundamentalis est, quòd Actiones ex stipulatu omnes sint stricti Juris, nisi specialiter excipiantur: mihi autem specialis hujus Actionis exceptio hactenus non occurrit, quoniam ea, quæ Imperator partim *in dict. l. un. Cod. de Rei Uxor. Act.* partim *in §. fuerat. Inst. de Action.* deducit, huc applicari non possunt: in tantùm enim ait actionem ex stipulatu pro dote esse bonæ fidei, in quantum subrogata est in locum actionis Rei Uxoriæ, hanc qualitatem bonæ fidei obtinentis, atqui aliunde liquet, hanc actionem in locum actionis Rei uxoriæ suffectam esse non posse, utpote quæ non marito, sed uxori dabatur, ac propterea Rei uxoriæ actio appellata est. Major propositio ex ipso contextu, & verbis Justiniani probatur: dicit enim, *Rei Uxoriæ itaque actione sublata sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non; & in §. 2. ejusdem legis: tamen quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accommodetur*

tur ei natura Rei Uxoriæ. Ex quibus & alijs, sicuti deducit Bachov. *dict. loco*, constat, Imperatorem solùm Mulieribus per reformatoriam constitutionem consulere voluisse, tametsi enim *in §. 1. sæpè citatæ legis* privilegium tacitæ Hypothecæ, & supplementum, seu fictionem stipulationis doti tribuere, & consequenter ex parte utriusque, tam Mariti quàm Uxoris, illa duo privilegia communia facere voluerit, digressum tamen quoad reliqua duo rursus facit in sequentibus *§. &* ad Rubricam, seu principium legis redeundo, privilegium bonæ fidei, & jus prælationis illi Actioni adjungit, quæ in locum Rei Uxoriæ est subrogata, per verba *in §. 2* posita: *accommodetur ei natura Rei Uxoriæ, & bonæ fidei beneficium: & omnes quidem eventus, quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sua natura exercens. Si quid autem optimum ex Rei Uxoriæ Actione invenimus, hoc in præsenti specialiter ei addimus.* Nec enim mihi satis persuadeo, imò cum Bachov. ridiculum videtur, Imperatorem ibi etiam Actionem, quæ datur marito, subaudire, quoniam illa, sicuti priùs mentio facta est, uxoria dici, atque adeo beneficium bonæ fidei ei, tanquam Actioni uxoriæ non subornatæ, accommodari non potest.

5 Ex quibus igitur facilis est responsio ad ea, quæ in contrarium allata sunt: ad primum enim respondeo, non posse ponderatâ & rectâ ratione Juris eandem, & specificam unitatem contractûs, quo uxor dotem repetit, & quo maritus eandem petit, evinci: prior enim nascebatur ex rei traditione, & producebat Actionem Rei Uxoriæ, cui Justinianus Actionem ex stipulatu subrogavit, & beneficium bonæ fidei adjunxit; quæ rationes simpliciter cessant in Actione, qua agit maritus; quinimò si illæ etiam de Actione, qua Maritus dotem petit, intelligendæ forent, & una utriusque Actionis ex stipulatu esset qualitas, necessariò id quoque ad Actionem, quo extraneus sibi stipulatur, & repetit dotem, extendendum foret, quod tamen utriusque sententiæ D. D. negant. Secunda, & tertia objectio per rationes à me pro meâ sententia allatas sufficienter est confutata, nec Justinianus universaliter, & de quavis Actione loquitur, sed de illa tantùm, quæ in locum Actionis Rei Uxoriæ est suffecta, de qua agit principaliter. Quarta autem in contrarium allata ratio dubitandi, & argumentum ab uno ad alterum privilegium deductum mihi nullum negotium facessit, quemadmodum enim est vitiosa illatio: Actioni bonæ fidei, qua agit uxor, jus Hypothecæ est tributum; sed etiam Actioni, qua maritus agit, illud est concessum; ergo etiam est bonæ fidei: ita etiam, si ex generalibus verbis Justinianeæ

constitutionis, non habita ratione ejus intentionis, persunctoriè ducere argumentum licet, manifestè sequeretur, eam, qua dos repetitur, esse bonæ fidei, quemadmodum prius de hac absurda sequela plura fuerunt inculcata.

6 His præliminariter præmissis, facilè liquet, queîs hæc Actio competat, videlicet primò Marito. *l. si pater Cod. de promiss. dot.* Secundò eam quoque concedit post Mynſ. *in §. fuerat Inst. de Act. n. 17.* Manz *eodem n. 16.* patri Mariti, quinimo Uxori, & ejus patri ad consequendas donationes propter nuptias, per *Novell. 97.* Porrigitur adversus illum, qui promisit dotem, quippe promissum cadit in debitum; nec etiam refert, an ipsa uxor, vel ejus pater, aut denique extraneus quis dotem promiserit. *per l. promittendo 41. ff. de Jure dot.*

7 Dubium est autem, an hæc Actio detur adversùs patrem, casu quo nec pacto, nec stipulatione ulla dos fuerit constituta. Respondeo, quòd non, tácetsi enim stipulatio intervenisse fingatur casu, quo vel pacto nudo dos promissa, vel stipulatio nulliter contracta est: nihilominus, quando dos nulla est constituta, quando nimirum filia nupsit absente, vel furioso patre, hæc Actio locum non obtinet, sed officium Judicis implorari potest, ut pater filiæ secundùm vires sui patrimonij dotem constituat. *l. ult. Cod. de promiss. dot.* videatur Gaill. *lib. 2. Obser. 95. à n. 10.* ubi de filia indignè, & contra honestum familiæ nubente aliud statuit.

Objectum hujus Actionis est persecutio dotis promissæ, nec refert, 8
an certa, an vero incerta sit promissa dos: quamvis enim in reliquis contractibus incertitudo nullum obtineat effectum, *per l. ita stipulatus ff. de V. O.* in favorem tamen dotis aliter se habet, & talis contractus etiam incertitudine non vitiatur, sed secundùm statum, & congruentiam filiæ maritatæ, atq; pro modo patrimonij paterni dos decerni potest, *per l. quaro 60. & l. cum post 69. §. 4. ff. de Jure dot.* modò à Patre fuerit promissa. Prænob. & Clariss. D. Bassus *decis. 23. n 3.* ubi nervosè exponit, qualem filiam pater teneatur dotare.

Fructus autem ante litis conte- 9
stationnem, & usuras, non nisi promissas, hæc Actio persequitur spectata ratione juris, aut etiam secundùm jus antiquum. *l. si pro dote 2. Cod. de Promiss. dot.* Cuiac. *dict. consult. 16.* quod tamen postea immutatum, & constitutum fuit, ut post biennium saltem extraneus usuras promissas, & non solutas dotis refundere teneatur. *l. ult. §. præterea Cod. de Jur. dot.* Carpz. *part. 2. Constit. 42. definit. 14.* dixi *extraneus*, quoniam si pater dotem promisit, aliter sentit Brunnemann. *ad dict. l. ult. §. præterea :* quia duplex lucrum sentit, commodum nimirum tardiùs solutæ dotis, & perceptorum ali-

alimentorum, quæ filiæ præbere debuisset: quò etiam collimare videtur Molina *de Just. & Jur. Tract. 2. disput. 425. à n. 3.* quia dos in locum alimentorum & recompensationem onerum matrimonij datur. *l. si is qui 56. §. ibi dos ff. de Jur. dot. l. 20. Cod. eod.* Cæterùm hæc Actio Civilis, & propterea absque dubio perpetua est.

ACTIO

Ex stipulatu pro dote repetenda.

SUMMARIUM.

1. Quæ olim pro repetenda dote remedia uxori competebant?
2. Quibus privilegijs Justinianus Actionem de dote repetenda donaverit?
3. Privilegium Hypothecæ & Jus prælationis sunt Actionis propria.
4. An præferatur creditoribus expressam Hypothecam habentibus?
5. Fundamenta sententiæ affirmativæ.
6. Refutantur fundamenta sententiæ negativæ.
7. An Jus Prælationis etiam in reliquis uxoris bonis locum habeat?
8. An si uxor sibi de expressa Hypotheca prospexit, censeatur juri prælationis omninò non renuntiasse?
9. An hæc privilegia habeant locum in dote putativâ?
10. An Jus prælationis possit alteri cedi?
11. Removetur objectio ex paritate cum fisco.
12. Describitur Actio hæc.
13. Quibus hæc Actio detur?
14. Contra quos detur?
15. Objectum ejus delineatur.
16. Quomodo competat exceptio non numeratæ dotis, & quamdiu?
17. Quid si maritus sit minor?
18. An confessio Mariti præjudicet creditoribus illius?
19. Marito competit beneficium competentiæ.
20. Proponitur Actio ex Edicto de Alterutro.
21. Subnectitur alia condictio.

1 ACtionem ex stipulatu pro dote petenda subsequitur nona, sive actio ex stipulatu pro dote repetendâ; constat autem ex ante dictis, quòd olim pro dote repetenda soluto matrimonio uxori con-

constituta fuerit Rei uxoriæ Actio, quæ qualitatem bonæ fidei annexam habebat. Videantur tradita Donell. *in §. fuerat Instit. de Action.* Secundò competebat illi Actio ex stipulatu, si nimirum expressè sibi dotem restitui stipulata esset, *l. un. §. 3. Cod. de Rei uxor. Act.* Gyphan. *eodem.* Vinn. *in dict. §. fuerat Inst. de Action.* interponebatur enim olim ideo stipulatio, cùm Actio ex stipulatu in pluribus plenior esset, quàm Rei Uxoriæ Actio, & præsertim propter Edictum de Alterutro: illud enim in Actione ex stipulatu non obtinuit locum, sed si maritus quidquam Uxori suæ legasset, utrumque, & dotem, & legatum petere poterat. Gyphan. *in dict. §. 3.* secus autem erat in Rei Uxoriæ Actione. DD. *ad §. fuerat. Institut. de Action.*

2 Utramque igitur Actionem Imperator Justinianus confudit, & omnia commoda, privilegia, & quidquid optimum fuit in Actione Rei Uxor. in Actionem ex stipulatu transtulit, *dict. l. un. §. 2. Cod. de Rei Uxor. Actio.* eámque quatuor insignibus privilegijs ornavit. Primò, ut, quamvis mulier sibi dotem aut saltem solo pacto, vel inutiliter stipulata sit, semper tamen, & indistinctè stipulatio utiliter intervenisse fingatur. *dict. l. un. §. 1. Cod. eodem.* Secundò ut hæc Actio ex stipulatu, quæ ex naturâ suâ stricti juris est, *l. 5. §. ult. & l. alias 6 ff. de in litem Jur.* in repetitione dotis bonæ sit fidei. *dict. l. un. §. sed etsi Cod. eod.* Tertiò ut hæc Actio habeat hypothecam omnium bonorum mariti. *§. 1. dict. loco.* Quartò denique, ut in concessa Hypotheca simul competat jus prælationis, vi cujus omnibus reliquis creditoribus anteponitur. *l. assiduis ult. Cod. qui pot. in pign. sunt.*

Adverte tamen, quòd hæc duo 3 ultima privilegia non tam Actioni ex stipulatu, quàm doti, & personæ mulieris concessa sint, Schamb. *in §. fuerat Inst. de Action.* prius enim seu Hypothecam doti datam esse, patet ex §. *1. dict. l. un. Cod. de Re Uxor. Act.* in verbis *ex utroque latere.* eapropter non modò mulier pro repetenda dote in bonis mariti, sed etiam maritus in bonis Uxoris, seu dotem promittentis Hypothecam habet. *dict. §. ut plenius 1. Cod. eod.* Ultimum autem privilegium prælationis solùm est datum ipsius Uxoris personæ, quemadmodum liquet ex verbis §. *fuerat Inst. de Action. præferri autē alijs creditoribus in Hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote suâ experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.* Unde nec ejus hæredes hujus privilegij capaces sunt, nisi fuerint descendentes, & quidem ex eodem matrimonio suscepti. *Novell. 91. & l. ult. §. 1.* in verbis *exceptis Cod. qui potior. in pignor. &* Sichard. *eod. n. 24.* Videantur, qui referuntur à Wisenbach *in § fuerat Inst. de Action. &* Brunemann. 1

in

in dict. l. ult. Cod. qui potior in pign. sunt.

4 Dubium circa privilegium hoc est primò. An ergo mulier omnibus creditoribus præferatur, etiam anteriorem hypothecam habentibus? quo loco DD. non tantoperè laborant de hypotheca legali, seu tacita, quòd enim mulier tacitam etiam priorem hypothecam habentibus præferatur, non adeò controversum est, teste Sichard. *dict. loco n. 24.* Gyphan. *eodem* Mynsing. *cent. 4. Observ. 13.* Majus tamen dubium est de illis, qui sibi per expressam hypothecam prospexerunt, quo in casu negativam tenent plurimi, qui recensentur à Berlich. *part. 1. conclus. 65, n. 10.* Primum eorum fundamentum est, quòd in *l. assiduis* expresse mulier dicatur præferri illis creditoribus, qui anterioris sint temporis privilegio vallati, quæ verba subaudienda sunt de tacitâ hypotheca, utpote quæ ex privilegio seu provisione legis datur. Sichard. *dict. loco n. 19. in fine.* Secundum fundamentum deducunt ex ratione, & sententia *l. assiduis* in hunc finem promulgatæ, asserentes, dotem in Actionibus personalibus tantùm præferri actionibus privilegiatis, ergo à paritate rationis etiam in realibus anteponenda erit solummodò privilegiatis, id est, qui à lege aliquam tacitam hypothecam, vel aliam provisionem habent, non autem illis, qui sibi aliter providerunt. Tertium, quo suam opinionem stabiliunt, argumentum est ab æquitate, & jure, tertio anteà quæsitô desumptum, nec enim, ajunt, jura admittunt, ut jus tertio cuidam plenè quæsitum adimatur, aliàs sæpe contingeret, ut in fraudem creditorum quis uxorem superinduceret, atque vigilantiores, qui sibi antecedenter de privilegio prospexerunt, turpiter deluderentur. Donell. *in dict. §. fuerat n. ult.* Præter hæc adhuc videri alia argumenta possunt apud Berlich. *dict. loco à n. 11.*

Quibus tamen non obstantibus 5 cum Schambog. *in §. fuerat* Gyph. *Cod. dict. loco* Berlich *eod.* mihi contraria sententia, quòd nimirũ mulier indistinctè omnibus creditoribus, tametsi anteriorem expressam hypothecam habentibus, anteferenda sit, spectatis fundamentis Juris magis solidata videtur, ob quam rationem eam quoque receperunt Assessores Spirenses *teste* Mynsing. *cent. 4. Observ. 13.* Fundamentum autem meæ assertionis est 1. in generalibus verbis *dictæ l. assiduis*, quæ sonant: *potiora Jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.* Secundò tam in generalitate verborũ jam sæpè *alleg. §. fuerat præferri autem alijs creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote experitur.* quàm etiam *Nov. 97. cap. 2. & 3.* quo ultimo loco mulier præfertur illis, qui in domum reficiendam pecuniam concrediderunt, cùm è contrariò certum sit, tales etiam præferri anteriores hypothecas habentibus,

tibus, *l. interdum & l. Hujus enim ff. qui potior in pig.* ergo non minùs mulier ijs, ex eo principio anteferetur, si vinco vincentem te, vinco etiam te. Tertiò probatur tum, quòd tantùm ille mulieri præferatur, qui ad militiam, vel ad Officium quoddam Palatinum emendum credidit, & expressam sibi reservavit hypothecam, *per dict. Novell. 97. cap. 4. l. solis autem Cod. in quibus causis pign.* ubi dicitur, quod uni soli casui cedere, omnésque viri facultates excuti debeant, priùs quàm perveniatur ad dotem mulieris: ergo casus exceptus regulam firmat in cæteris: tum etiam per textus *in l. 29. & 30. Cod. de Jur. dot.* in quibus mulier omnibus creditoribus, etiam hypothecarijs indistinctè præfertur. Ex his igitur fundamentis, & abstrahendo à cujusvis loci consuetudine, aut statuto, de Jure communi hæc sententia mihi præplacet, cum hoc tamen moderamine intelligenda, ut mulier omnibus creditoribus anteferatur, nisi sint, qui potiora jura, vel privilegia obtineant, quales sunt habentes dominium rei, in bonis Mariti in specie adhuc exstantis, vel repetentes sumptus Judiciales, & funebres &c. de quibus DD. *ad Tit. ff. & Cod. qui potior. in pign. & ad Tit. de Reb. Auth. Jud. possid.* quæ sententia confirmatur ex eo, quòd aliàs privilegium mulieris facilè posset elidi, casu, quô illi, qui tacitam habent hypothecam, expressam sibi constitui curarent, cùm econtra mulier dotis conservandæ causa expressè prohibeatur à Marito fidejussores exigere. *tot. tit. Cod. ne fidejuss. dot. dentur.*

6 In contrarium allata facili negotio diluuntur. Ad primum enim Respondeo cum Gyphan. privilegium in dicta *l. assiduis* accipi pro *privilegio* temporis, non autem pro legis *privilegio*, aliquam tacitam hypothecam præstante, quod liquidè desumitur ex adjuncto verbo *temporis*, tametsi enim tacitæ hypothecæ ex singulari lege originem habeant, non tamen tempus continent; sub verbis ergo, *privilegiô temporis*, & legales & conventionales hypothecæ intelliguntur, prout etiam prærogativa solius temporis expressè vocatur privilegium in *l. 10. ff. qui potior. in pign.* Ad secundum repono, rationem promulgatæ *l. assiduis* non ab actionibus personalibus, sed à fragilitate sexûs, & frequentis partûs discrimine desumptam: quemadmodum demonstrant verba *in §. 1. quis enim earum non misereatur propter obsequia, quæ maritis præstant propter partûs periculum, & ipsam procreationem liberorum.* Et licèt aliqua ratio desumeretur ab actionibus personalibus, nihil tamen meæ sententiæ adimeret, quoniam, sicuti ibi de omnibus creditoribus Chyrographarijs, sive sint privilegiati à lege, sive non, ità etiam de omnibus hypothecarijs agitur, sive habeant à lege, sive per pactum & promissionem propriam,

sicuti textus ille consideranti patet. In tertio adversariorum argumento nego suppositum, quòd nempe prior creditor habuerit absolutè jus quæsitum: siquidem dispositio legis jam ante præoccupavit jus primæ hypothecæ pro dote mulieris, ex post facto subvenientis, ità quidem, ut nemo tale jus absolutè sibi asserere possit, nisi sub hac conditione, *si mulier cum suo privilegio dotis intervenerit*. Andler *in* §. *fuerat Inst. de Action.* præterquàm quòd argumentum hoc nimium, & illud etiam probaret, quòd nec tacitæ hypothecæ præferri deberet, cùm & illi, qui tacitam habent hypothecam, jus quæsitum habeant; habent igitur jus quæsitum solummodò quoad hypothecam, non verò quoad jus prælationis. Objiciunt ulterius, asserentes, quòd, quemadmodum privilegia ita sunt interpretanda, ne in alterius vergant dispendium, *Cap. 15. Extr. de Offic. & potest. Jud. Delegat. Cap. 10. Extr. de foro competent. l. 40. ff. de administr. & pericul. tutor.* ita in materiâ correctoriâ interpretationes sint strictè sumendæ. *Cap. 29. de Elect. in 6.* ℞. priùs intelligendum esse de privilegiô odiosô, non favorabili, quemadmodum hoc est, in quô jus prioribus Creditoribus tributum ex causâ publicâ limitatur; in posteriori nulla hoc in passu sit correctio, & solùm antiquæ leges supplentur, per verba: *quòd antiquitas dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos plenô articulô consummavimus*, cœperunt enim leges antiquæ dare jus prælationis adversùs illos, qui tacitam habent hypothecam, & non perfecerunt, quod dare præsumebant, ergo signum est manifestum, dandum esse adversùs expressam hypothecam habentes, quod Justinianus plenô articulô consummavit, dum *ibid.* mulieri potiora jura contra *omnes* mariti creditores dedit, licet anterioris sint temporis privilegiô vallati. aliter quidem Berlich. *dict. conclus. 65. n. 16.* Cui assertioni meæ pro clariori intellectu adhuc annectendus est casus ex *Novell. 19 in præfat.* quo videlicet duæ concurrunt dotes ab eodem defunctо marito repetendæ, quarum primam ex primo matrimonio relicti liberi, secundam autem ultima superstes Uxor exigit, in hoc, inquam, casu præferuntur liberi priùs defunctæ Uxoris ex temporis prærogativa. *dict. Novell. 91. & dict. l. ult. §. 1. in fine Cod. qui potior. in pign.* Videatur præter alios Cuiac. *dict. Novell.*

7 Dubium est secundò, an hoc privilegium prælationis etiam ad reliqua bona uxoris, videlicet paraphernalia, vel donationes propter nuptias porrigatur? Quo in passu facilis est responsio, tametsi enim tam in paraphernalibus *per l. ubi 29. Cod. de Jur. dot. & per l. ult. Cod. de Pact. convent.* quàm in donationibus propter nuptias *per l. assiduis §. 2. & Novell. 109. cap. 1.* Uxori hypothecam concedant, post Mynsing

sing. *cent. 5. Observ. 4* Gaill. *lib. 2. Observ. 92.* Hartman. Hartman. *tit. 35. Observ. 9.* illi, qui allegantur à Berlichio *part. 1. conclus. 65. n. 63.* Jus tamen prælationis in donationibus ante nuptias, & bonis parapheralibus Uxori à Justiniano est denegatum, *l. assiduis §. 2. Cod. qui potior. in pign. sunt Novell. 109. cap. 1.* si videlicet Uxor has donationes ex lege, consuetudine, vel pacto ut lucrum petit, quando enim vero illas peteret in compensationem dotis à marito consumptæ, ut per has donationes ipsi ratione dotis satisfaciat, perinde, ac in dote jus prælationis ei largiendum erit, *Argum. dict. l. assiduis §. 1. Cod. qui potior. in pig. sunt* Lauterbach. *in disput. de Donat. propter Nuptias thes. 55.*

8 Dubium est tertiò, an mulier, quæ providentiùs sibi de expressa hypotheca vigilavit, provisioni, & privilegio, aut juri prælationis sibi à lege dato renuntiasse censeatur? Id quod plures ex eo Juris principio affirmant, quòd provisio hominis faciat cessare provisionem legis. Mihi tamen contrarium probatur, & quòd conventionalis illa hypotheca haud tollat privilegia à lege uxori data, rationem desumenti *ex l. de Die & l. Attilicinus ff. de Pact. dot.* vi quarum legum paciscentes quidem conditionem dotis possunt facere meliorem, non autem deteriorem, atque adeo efficere non possunt, ut pignora, & privilegia à lege data aboleantur, quoniam per hoc conditio dotis comminueretur Videatur Salycet. *in l. ult. Cod. qui potiores in pig.*

Dubium est quartò, an hæc circa dotem mulieribus à jure concessa privilegia etiam locum sibi vendicent in dote putativa? Quò locô non est una omnium sententia: consulantur, qui citantur ab Antonio Merenda *controv. lib. 6. cap. 33.* Mihi tamen negativa præferenda esse videtur. Ratio est, quòd nulla lege reperiatur privilegiata hypotheca ad dotem putativam extensa: ergo nec nobis licet eam ad illum casum protendere, quo nec Matrimonium, nec dos est. *Argum. §. si adversus Inst. de Nuptijs*, præsertim cùm nomine & appellatione dotis putativa dos non veniat, nisi in casibus à jure expressis, *l. Titulus 1. §. idem scribit ult. ff. pro dote. l. un. ff. unde Vir & Uxor*, ac propterea privilegia ob paritatis rationem vel identitatem ad personas non expressas extendi non possunt; *l. quod vero 14. & l. in his 15. ff. de LL. l. quod contra 141. ff. de Reg. Jur.* licèt plures cum Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disput. 24. thes. 7. litt. B. in fine* dissentiant: quamquã autem verisimiliùs est uxori putativæ privilegia realia pro persequenda dote non esse concessa, personalia tamen, & quatenus omnibus creditoribus Chyrographarijs antepomitur, ei competere, manifesti Juris est. conferatur *l. 22. §. final. ff. solut. Matr. l. 17. §. 1. ff. de Reb.* 9

Reb. Auth. Jud. possidend. Sicut autem hæc privilegia prælationis in dote putativa locum non habent, ita minùs in confessata. *Argum. l. 15. Cod. de Numerat. pecun.* limitat tamen hoc Carpz. *part. 1. const. 28. definit. 75.* eo casu, quo etiam reliqui concurrentes creditores non aliter numerationem probare possunt, quàm per confessionem mariti.

10 Dubium est quintò, an hæc privilegia dotis realia, seu prærogativa, quâ omnibus reliquis creditoribus præfertur, alteri cedi, aut cum alienatione dotis in alium transferri possit? Varias circa hoc punctum qui desiderat sententias, percurrat Berlichium *part. 1. conclus. 65. à n. 94.* Mihi tamen cum eodem Berlichio *dict. conclus. n. 105.* Brunem. *in l. un. Cod. de privileg. dot.* Sichard. *in l. assiduis Cod. qui potior. in pign. n. 26.* Carpz. & alijs arridet negativa, partim quia constat ex superiùs deductis, jus prælationis soli Uxori, & ejus liberis concessum, nec ad hæredes transitorium esse, ea autem, quæ non sunt ad quosvis hæredes transmissibilia, in extraneum neutiquam cedi possunt; *l. ex pluribus 42. ff. de Administ. & pericul. Tut.* partim etiam quòd, si ad universalem successorem non transit per modo exposita, multò minùs ad particularem transfundatur, quando enim res quædam cedi, vel alienari prohibentur, longè faciliùs in universalem successorem, quàm particularem transferuntur. *l. quadam 62. ff. de Acquir. Dom.*

Dices: fiscus potest jus suum prælationis in cessionarium transferre 11 *l. ult. Cod. de Privil. fisc.* ergo etiam mulier, cùm propter personalitatem utrinque eadem sit ratio. Respondeo, ad hanc difficultatem varias accedere responsiones; quemadmodum videre est apud Berlich. *part. 1. conclus. 65. n. 108.* Mihi placet responsio, quam præter alios à se citatos dat Brunnem. *in dict. l. ult. Cod. de Privil. fisci.* quòd videlicet singulare sit in fisco, ut faciliùs inveniat, qui ei pro alio solvant, & cessiones à fisco factas recipiant: propterea negat tantam esse personalitatem in fisco, quàm in dote; quoniam fiscus nunquam solet mori, adeóque ejus privilegia magis videntur esse realia, quàm personalia. Tametsi autẽ hoc in personali privilegio, seu prærogativa propter ejus personam data, procedat, secus tamen est in Hypotheca, quæ non minùs ac aliud jus reale in extraneum cedi potest. Berlich. *dict. loco n. 111.* & Sichard. *in dict. l. assiduis Cod. qui potior. in pign. sunt.*

Hæc præliminaria ad fundandam Actionem ex stipulatu pro 12 dote repetenda mihi præmittenda videbantur, ut faciliùs ejus natura ab alijs dignosci possit. Actio autem ipsa describi potest, quòd sit Actio personalis, Civilis, bonæ fidei, competens uxori & ejus hæredibus adversùs maritum, & ejus

ejus hæredes ad dotem repetendam. Causa ejus remota est stipulatio vera, vel ficta: proxima est obligatio: per ea, quæ superiùs dicta sunt.

14 Datur hæc actio uxori, & ejus Hæredibus soluto matrimonio, dos enim datur propter matrimonium, ergo eo cessante etiam ususfructus dotis cessat; neque enim dotem penes maritum, vel ejus Hæredes soluto matrimonio permanere æquum est, quoniam dos est, & passim vocatur patrimonium mulierum, sicut exponit post Wesenbec. *in tit. ff. solut. matrim. n. 4.* Manz *in §. fuerat Inst. de Action. n. 14.* Et olim quidem, nisi uxor sibi dotem restitui stipulata esset, ea in bonis mariti remanebat, hodie autem aliter est cautum, & virtute fictæ stipulationis indistinctè hæredes Uxoris eam repetere possunt; nisi aut statuto municipali, vel pactis dotalibus aliud sit à partibus cautum, vel decisum. Secundò competit hæc Actio patri dotanti: *per l. solut. 2. & l. non solo 3. ff. soluto matrim.* ubi tamen res exactè est distinguenda, ne confundantur certa cum incertis; & primus quidé est casus, quo matrimonium per divortium, vel obitum mariti vivente adhuc uxore est solutum, & in tali casu pater cum voluntate & consensu filiæ dotem repetit, tametsi fuerit dos adventitia, modò alius extraneus dotans hanc adventitiam dotem sibi expresśè restitui non sit stipulatus, considerentur *textus l. si cum §. 5. ff. solut. matr. l. filia 7. Cod. eodem l. Titia cum 34. §. 5. ff. de Legat. 2. l. qui hominem 34. §. 6. ff. de solut.* si autem filia fuerit emancipata, illa sola dotem repetit. *per l. pater filia 71. ff de Evict.:* casu verò quo extraneus filiam dotavit, atque eam sibi reddi expresśè stipulatus est, hæc privilegiata Actio non, sed solùm simplex ex stipulatu competit. Secundus casus est, quando matrimonium solvitur per obitum Uxoris, ubi quidem etiam pater dotem profectitiam repetit *per l. jure succursum 6. ff. de Jur. dot.* quamvis adsint liberi ex ipsa demortua filia *per Auth.* quas allegat Struv. *Syntag. Jur. Civil. Exercit. 30. thes. 49.* de consuetudine autem & usu Curiarum dos etiam profectitia liberis relinquitur, non secùs ac adventitia, *Novell. 98. Cap. 1.* quemadmodum attestantur post Oldendorp. *Class. 4. Act. 26. in fine* Manz *in epitome de success. ab intest. in Rub. de success. Vir. & Uxor. n. 80.* Hartman *pract. observ. tit. 35. observ. 4.* Tertius casus est, quando matrimonium dissolvitur per divortium, inspecto jure antiquo dos profectitia à patre petitur, sive filia in potestate, sive emancipata fuerit tempore divortij. *Novell. 22. cap. 19.* nisi uxor causam divortij dedit, in quo casu dotem apud maritum remanere adstruit Struv. *Syntag. Jur. Civil. Exerc. 30. thes. 49. per l. 24.*

Cod. de Jur. dot. l. 19. ff. solut. matrim. quòd si dos fuerit adventitia, idem esse, seu dotem apud maritum residere, liberis tamen asservandam, nisi dotans eam expressè sibi reddi stipulatus sit. *l. un. §. 12. Cod. de Re. Uxor. Act.* plura de hodiernis moribus videantur apud Berlich. *part. 4. conclus. 29.*

15 Ex quibus facilè patet, quodnam sit subjectum passivum hujus Actionis, Maritus nimirum, vel ejus Hæredes, qui dotem soluto matrimonio sine causa retinent, adversus tamen tertium possessorem ut plurimùm datur rei vindicatio, vel Hypothecaria. Objectum hujus Actionis est dos, quæ petitur cum omnibus fructibus, aut usuris, pro qualitate rei in dotem datæ, quos nimirum post solutum matrimonium tanquam absque causa percepit. *l. un. Cod. de rei Uxor. Action. l. 31. §. final. ff. solut. matrim. &c.* Zoes. *ff. solut. matrim. n. 15.* Struv. *eod. thes. 52.* eo tamen moderamine, ut fructus novissimo anno percepti pro rata temporis inter maritum & hæredes uxoris dividantur. *l. 78. §. 2. ff. de Jur. dot. dict. l. 31. §. fin. ff. solut. matr.* Præterea maritus pariter tenetur de damno rebus æstimatò in dotem datis illato, in quibus præstat culpam latam, & levem. *l. 18. §. 1. l. 24. §. 5. & l. 25. §. 1. ff. solut. matrim.*

16 Quamvis autem hæc Actio efficaciter adversus Maritum, vel Hæredes moveri possit, duplici tamen exceptione solet elidi, & prima quidem est non numeratæ dotis, quando enim adversus maritum hæc Actio intentatur, tunc necessariò requiritur, ut dotem numeratam esse probetur, quod autem non fit per sola pacta dotalia, queis dos promittitur, seu constituitur, neque per solam confessionem Mariti, ea enim suspecta, & plena simulationis & fraudulenti consilij est. Carpz. *part. 1. constit. 28. definit. 75.* Faber *in Cod. lib. 5. Tit. 10. definit. 1. per l. ult. Cod. de dote caut. & non numerat. & Novell. 100. cap. 2.* tempus verò opponendæ exceptionis non numeratæ dotis de Jure novissimô non est uniforme, si enim matrimonium à tempore contractùs intra biennium sit solutum hæc exceptio intra annum est opponenda; si autem post biennium infra tamen decennium, spatio trium mensium exceptio objicienda est; quòd si emensus sit decennij lapsus, cessat hæc exceptio. *Novell. 100. & ibi DD.* Molina *de Just. & Jure. Tract. 2. disput. 257. n. 8. & disput. 439. n. 2.* ubi fusissimè hanc materiam expandit.

Quæ generalis constitutio dictæ 17
Novell. 100. cap. 2. in minore moderamen patitur, qui in minorennitate constitutus matrimonium contraxit, atque toto currentis decennij tempore minor fuit. E. g. Titius contraxit Matrimonium anno 15. ætatis suæ, duravit Matrimonium 10. annos, per quos ejus minorennitas

nitas viguit, in hoc casu minor exceptionem non numeratæ dotis per integros 12. annos à tempore contracti Matrimonij opponere potest, tametsi enim aliæ restitutiones in integrum durent usque ad finem labentis anni 29. sufficere tamen putavit Justinianus in *dict. Novell. capit. 2.* in ordine ad opponendam exceptionem non numeratæ dotis 27. annos; quòdsi contingat talem minorem intra hos currentes 12. annos mori, ejus Hæredi adhuc conceditur annus ad proponendam, contestandámque querelam. Quando enimvero Hæredes mariti sunt minores, indulgetur illis ad hanc querelam opponendam quinquennium post mortem mariti, eo nimirum casu, quo defunctus intra destinatos decem annos mortuus est, videatur textus in *dict. Novell.* & ibi omnium exactissimè Cujacius.

18 Dubium autem circa hanc exceptionem restat, an illa post elapsum decennium saltem à creditoribus uxoris seu illius hæredibus objici possit? Negativam præter alios tenent Ant. Faber *in Cod. lib. 5. tit. 10. definit. 2.* & Andreas Gail. *lib. 2. observ. 81. n. ult.* Rationem dant, quòd non debeant habere creditores plus juris ex persona Mariti, quàm ipse maritus obtinet. *l. ult. §. 1. ff. ad S.C. Velle. l. 6. ff. de Except.* Hac non obstante ratione arbitror, tametsi lapsus temporis huic exceptioni præfixus effluxerit, nihilominus à creditoribus hanc exceptionem posse opponi. Ratio est mihi manifesta: quoniam dicta Novella loquitur solummodo de marito, & ejus Hæredibus, quemadmodum ex contextu liquet; ergo non est ad creditores extendenda, cùm sit præscriptio odiosa, quæ ultra expressum nihil operatur, videatur post Berlich. *part. 1. conclus. 65. à n. 54.* Carpz. *part. 1. constit. 28. definit. 74.* Secundò constat non esse eam argumentandi rationem in creditoribus, quæ in marito, & ejus Hæredibus, hæredes enim mariti versantur in lucro captando, creditores autem de damno vitando, ne videlicet suum amittant creditum. Videantur, qui citantur à Menoch. *lib. 3. tit. 13. n. 15.* Consulatur Covar. *var. resolut. lib. 1. cap. 7. n. 6.* Ratio superiùs à contrariæ sententiæ Patronis allata non habet vim persuadendi in contrarium, quamvis enim maritus non amplius habeat hanc exceptionem, ad uxoris tamen creditores seu hæredes non est id extendendũ, cùm per confessionem maritus sibi & suis in illa præjudicare, non autẽ creditoribus potuerit. etsi verò exceptio non numeratæ dotis in bonis paraphernalibus non habeat locum, quemadmodum allegatô præjudiciô docet Illustrissimus Baro Schmid. *in semicent. 1. controv. 13.* datur tamen exceptio simulationis, quoniam confessio mariti præsertim in concursu Creditorum plena est suspicionis. David

vid Mævius *part. 7. decis. 41.* Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 13. n. 23.*

19 Secunda exceptio, quâ debilitatur actio ex stipulatu pro repetenda dote, est beneficium competentiæ, vi cujus maritus in plus non potest conveniri, quàm facere potest, id est, in tantum, in quantum ipsi alimenta reliqua sint, per textus apertos *in l. 17. & l. 20. ff. de Re Judicat. l. 12. & l. 14. §. 1. ff. Solut. Matrim.* quod privilegium vi publicæ honestatis & honoris matrimonialis etiam uxori competere clarè decisum esse videtur in *l. 20. ff. de re judicat. l. 17. §. 1. ff. solut. matrim.* ratio est, ne uxor totius vitæ socia in mariti opprobrium mendicare cogatur; consulatur Lautterbach. *in disput. de beneficio Compet. thes. 21.* penes quem plura de substantialibus & alijs requisitis hujus beneficij videri possunt.

20 Erat & olim actio ex Edicto Prætoris *de alterutro*, quo cavebatur, ut, si maritus uxori hæreditatis, legati, aut fideicommissi titulo aliquid reliquisset, alterutro contenta esse debeat, aut relicto, aut dote; *l. 1. §. 3. Cod. de rei uxor. action.* hodie illud est mutatum, & utrumque peti potest, cùm non compensandi vel debitum extinguendi animô relictum, *l. 85. ff. de legat. 2.* sed potiùs liberalitatem exercendi causâ dispositum esse præsumatur. Faber *in Cod. l. 6. tit. 17. definit. 8.* Carpzov. *part. 3. constit. 13. definit. 29.* Jungatur prolixiùs hanc rem deducens Hartman. Pistorius *observ. 105.* Hærsolte *in advers. action. part. 4. act. 14.*

Subnecti hic non minùs potest Condictio *ex l. Julia*, de quâ mentio fit *in l. hæc actio ff. solut. matrimon. quemadm. dos repet.* quæ constante matrimonio dabatur uxori adversùs maritum, ad repetenda ea, quæ manumissione servorum, reclamante Uxore facta, tanquam Patronus consecutus est. vid. Cuiacius *lib. 2. observat. 34.* Castrensis. *in dict. l. hæc actio ff. solut. matrim.* & singulariter Hærsolte *cit. part. 4. act. 15.* 21

ACTIO
Rerum amotarum.

SUMMARIUM.

1. Describitur hæc Actio.
1 *2. Recensentur ejus requisita.*
3. Annotatur subjectum activum,
4. Et passivum.
5. Quodnam sit objectum hujus actionis.
6. Quando utilis actio rerum amotarum locum sibi vendicet.

1 DEcima quartæ Pandectarum partis est actio rerum amotarum, quarum nomine intelliguntur res ab uno Conjugum alteri celatæ, venditæ, extraneo donatæ, aut quovis modo divortij causâ consumptæ. *l. 3. §. 3. l. 13. §. 2. & 3. ff. rer amotar.* Olim verò maritus de dote conventus poterat opponere exceptionem rerum amotarum, hodie tantùm movere potest Actionem rerum amotarum, *l. unic. §. 5. Cod. de rei uxor. action.* quæ describitur, quòd sit Actio Civilis, personalis, rei persecutoria, perpetua, non tamen famosa, causa ejus remota est delictum, proxima est obligatio; Dixi esse *Civilem*, nec enim videtur à Prætore ut Auctore esse introducta, sed solùm ut custode, utpote qui hanc actionem petentibus jure Magistratûs dare solet, *argt. l. 102. §. 1. ff. de Reg. Jur.* quemadmodum actionem commodati, *l. 1. ff. commodat. vel contr.* & petitionem hæreditatis; *l. 1. ff. si pars hæreditat. petat.* eàmque ob rem dicitur *in l. 2. Cod. rer. amotar.* hæc actio Edictô perpetuô *permitti*, non *dari*. Videatur Wisenbach *ff. de action. rer. amotar. in princ.* Clariss. D. Bonavent. Franz. *Instit. de act. on. arbitrar. sect. 3. n. 1.*

2 Dividitur actio rerum amotarum in directam & utilem; ad hoc autem, ut directa hæc actio cum effectu institui possit, deposcitur 1. ut matrimonium sit diremptum; durante quippe matrimoniô actio rerum amotarum denegatur, & indulgetur condictio generalis, quæ de jure gentium omnibus patet adversùs illos, qui res nostras ex causa non justa possident, Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 30. thes. 65.* Bruneman. *in l. 25. ff. rer. amot.* aut etiam datur actio in factum; *l. 2. Cod. eod.* Exigitur 2. ut res sub spe divortij sint amotæ: *l. 3. §. 3. l. 21. §. 1. ff. rer. amotar.* 3. requiritur, ut constante matrimoniô sint amotæ, eo enim solutô amovens condictione furtiva obstringitur. Struvius *dict. exercit. 30. thes. 65.* Bruneman. *ad l. 25. ff. rer. amotar.* Bacchov. *ad Wesenbec. ff. eod. num. 3.*

Subjectum ergo activum hujus actionis est conjux, cui divortij causâ, constante matrimoniô, res amotæ sunt, & ejus hæredes; *l. 6. §. 3. l. 21. §. 5. ff. rer. amotar.* competit 2. etiam socero adversus nurum; *dict. l. 6. in princ. ff. rer. amot.* 3. conceditur fisco, si bona mariti ad eum delata sint; *l. 16. ff. eod.* si verò concubina res amovit, concubinariô non hæc, sed actio furti indulta est. vid. *l. 17. in princ. ff. rer. amotar.* 3

Porrigitur Actio rerum amotarum adversùs conjugem, constante matrimoniô divortij causâ res subtrahentem, & adversùs ejus hæredes, saltem in quantum pervenit. *l. fin. Cod. rer. amotar.* Neque adversatur, quòd condictio furtiva contra hæredes furis in solidum detur; *l. 9. ff. de condict. furtiv.* tametsi enim hæc condictio & actio 4

rerum amotarum comparentur, *l. 6. §. 4.* & *l. 29. ff. rer. amotar.* illa tamen comparatio fit solummodò quoad aliqua, videlicet rei persecutionem, cùm utraque hanc qualitatem sortiatur, & ambæ ad hæredes transmittantur; inde tamen minimè sequitur, etiam rerum amotarum actionem in solidum adversùs hæredes protendi; disparitatis, quam hæ duæ actiones isto in passu habent, ratio est, quòd, quemadmodum cum Conjuge amovente mitiùs agitur, & actio furti, etsi à parte rei factum sit furtum, denegatur, ita quoque hæredes leniùs sint habendi & tractandi, adeóque actio in tantum duntaxat, in quantum pervenit, concedenda. Bacch. *in tract. de action. disput. 5. thes. 8.* Lauterbach *ff. rer. amotar. §. 9.* Si verò filiafamilias uxor, vel filiusfamilias maritus res divortij causâ amoverunt, in patrem datur actio de peculio; *l. 3. §. 4. l. 6. § 2. ff. rer. amotar.* rationem dat *ibid.* Glossa, quia peculium his casibus auctum est, quod hodie cessat, quoniam per justas nuptias patria potestas dissolvitur. Competit hæc actio quoque adversus nurum & pronurum. *l. 6. l. 15. §. 1. ff. eod.*

5 Objectum hujus actionis constituunt res, constante matrimonio divortij causâ amotæ, sive de in sint celatæ, interversæ, asportatæ, venditæ, donatæ, sive qualibet ratione consumptæ: *l. 3. §. 3. l. 17. §. 1. & 2. ff. rer. amotar.* si verò res non ampliùs exstent, & casu perierint, ad æstimationem tenetur amovens, quæ fuit tempore, quo sunt amotæ. *l. 29. ff. eod.* Neque in hac actione locum habet beneficium competentiæ, *l. 21. §. final. ff. rer. amotar.* improbitas enim amotionis excludit beneficium.

Hodie rarus est directæ hujus actionis usus, quemadmodum fatetur Lauterbach *ff. rer. amotar. §. 11.* Eckolt *ff. eod. in fin.* Brunem. *in l. 2. Cod. rer. amotar. n. 6.* Bachovius *in tract. de Action. disput. 5. thes. 12.* Utilis tamen locum sibi vindicat 1. si separatio fiat quoad torum & mensam, propter adulterium, vel sævitiam; 2. si mulier, cùm desperâsset de viri ægrotantis valetudine ac vita, arreptis quibusque rebus aliò divertit, & maritus exinde sanitati est restitutus; *l 21. ff. rer. amot.* 3. si uxor res, quæ mariti non sunt, constante matrimonio avertit. *l. fin. §. ult. Cod. de furt.* Prænob. D. de Bassis *in 50. Decis. decis. 28. n. 10.* cœteroquin hæc actio est perpetua. 6

AC-

ACTIO

In factum, si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolô malô ad alium translata esse dicatur.

SUMMARIUM.

1. *Assignatur ratio hujus à Prætore concessæ actionis.*
2. *Describitur hæc actio.*
3. *Ostenditur ejus subjectum,*
4. *Et objectum.*

1 UNdecima in hac quarta Digestorum parte est Actio *in factum, ex Tit. si ventris nomine muliere in possessionem missâ, eadem possessio dolô malô ad alium translata esse dicatur.* Rationem, quæ Prætorem ad concedendam hanc actionem impulit, eam esse credo, quòd, quemadmodum liberi jam nati alendi, ita quoque nascituris sit consulendum; hinc si mulier inspectô ventre gravida probata sit, solet in possessionem bonorum à defunctô marito relictorum immitti; ne tamen talis provisio alijs prædæ occasionem præbeat, eâque possessio, in quam mulier immissa est, in alios fraudulenter transferatur, actio in factum à Prætore est præstituta, competens illis, quorum interest, hanc possessionem in alios translatam non esse.

2 Describi hæc in factum actio potest, quòd sit personalis, prætoria, rei persecutoria, perpetua, cujus caussa remota est dolus mulieris, fraudulenter possessionem in alium transferentis, proxima est obligatio.

Datur illi, qui defunctô maritô est 4 successurus, ejusque cohæredibus & substitutis, si mulier aut abortum est passa, aut se per mendacium gravidam dixit, aut denique ex alio, quàm mortuo suo marito concepisse convicta est, Oldendorp. *class. 5. act. 11.* Wisenbach *ff. si ventr. nom. mulier. in possess. miss. &c.* contra mulierem, quæ dolô malô possessionem in alium quovis modô transtulit, atque adversùs eum, in cujus potestate mulier est, si is doli est particeps: *l. 1. §. 1. & seqq. ff. si ventr. nom. mul. in possess. &c.* quo casu si utriusque concurrat dolus, arbitrarium est actori, in quem velit movere actionem. *cit. l. 1. §. 1. ff. eod.* quin & adversus possessorem porrigitur. Oldendorp. *dict. loco.* Hærsolte *in advers. de action. part. 4. act. 18.* Hæredibus actoris quidem indulgetur, cùm rei sit perse-

secutoria, in hæredes verò rei non datur, nisi ditiores sint facti, quoniam ex dolo ortum habet.

4 Objectum hujus actionis est interesse, quod abest ob translatam in alium possessionem, quod tamen ab actore singulariter est specificandũ. vid. relati à Wisenbach. *ff. si ventr. nom. mulier. in possess. &c.* & quamvis prætoria sit hæc actio, perpetuam tamen obtinet vitam, cùm sit rei persecutoria. *l. 1. §. 4. ff. eod.*

ACTIO

Ex Edicto, si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causâ esse dicatur.

SUMMARIUM.

1. *Annotatur casus hujus actionis, & ejus definitio.*
2. *Subijcitur subjectum activum & passivum.*
3. *Deducitur, quid hæc actio persequatur.*
4. *Quænam olim fuerit actio* de moribus & matrimonij accusatione *nuncupata.*

1 DUodecimum locum occupat Actio ex Edicto, *si mulier ventris nomine in possessione calumniæ causâ esse dicatur.* Pro uberiori hujus dilucidatione casum adducere lubet: pone, mulierem ex defuncto marito gravidam se simulâsse, & per calumniã imponendo Magistratui immissionem in bona mariti esse sortitam; cùm itaque per hanc possessionis dolosam impetrationem omnibus ijs læsionem intulerit, quorum interest, eam immissionem factam non esse, Prætor Actionem præstituit, quâ mendacium hoc & dolus coerceatur; definiri illa potest, quòd sit actio Prætoria, personalis, pœnalis ex parte rei conventi, ex parte actoris verò rei persecutoria, annalis, famosa, cujus causa remota est delictum, proxima est obligatio.

Datur omnibus, quorum interest mulierem in possessionem non esse missam, quemadmodum hæredibus defuncti, cohæredibus, substitutis, legatarijs, aliisque, quibus aliquid est relictum, *l. 1. §. 6. ff. si mul. ventr. nom. in possess. calumn. caus. esse dicat.* contra mulierem, si sit sui Juris, aut adversùs parentes, in quorum est potestate, si sint doli participes, & tunc quidem in solidum; si verò de dolo non participent, in id tantùm, quod pervenit. *l. 1. §. 5. ff. eod.* 2

ff. eod. hæredibus actoris quidem indulgetur hæc Actio, cùm respectu horum sit rei persecutoria, in hæredes autem mulieris non porrigitur, nisi in quantum pervenit, cùm intuitu horum sit pœnalis. Oldendorp. *de Actionib. class. 5. action. 12.*

3 Objectum hujus actionis, quemadmodum & prioris, constituit pariter interesse, hinc ex Actoris parte rei persecutionem continet; venire autem in hoc interesse possunt alimenta à muliere percepta, & damna, quæ Actores perpessi sunt pendente dubio, an prægnans illa sit, vel non, aliáque, quæ in hæreditate sunt diminuta; cœteroquin annalis est hæc actio, quemadmodum supra assertum fuit. *l. 1. §. hanc actionem ff. si mul. ventr. nom. in possess. calumn. caus. esse dic.*

4 Alia olim erat Actio de moribus, & matrimonij accusatione sic nuncupata, cujus fit mentio in *l. 39. & 47. ff. solut. matrimon. quemadm. dos repet.* quâ Conjugum unus alterius incusabat mores, ut divortij causam à se in alterum averteret. vid. Francisc. Duaren. *ad dict. l. 39. ff. solut. matrim. &c.* unde si divortium fiebat ob mores uxoris ex delicto graviori, veluti adulterio, maritus sextam dotis partem retinebat, si ex leviori, octavam solùm dotis partem capessebat; *l. non ut 8. ff. de captiv. & de postlimin.* si verò ob mores mariti matrimonium fuerit dissolutum, uxor certam partem rerum propter nuptias donatarum sibi retinuit; quòd si utriusque mores divortio causam præbuêre, neuter quidquam retinere poterat. *cit. l. 39. ff. solut. matrim. dos quemadm. petat.* A Justiniano verò sublata est hæc actio, quemadmodum & actio *malæ tractationis*, in quarum locum hodie de jure Canonico accusatio matrimonij, qua ob legitimas causas fit separatio quoad thorum & mensam, est suffecta, *argt. Cap. final. Extr. de convers. conjugat. Cap. quantum*, & *Cap. gaudemus de divort.* Haersolte *in adversar. de action. part. 4. act. 20.*

ACTIO

De Suspecto Tutore.

SUMMARIUM.

1. *Delineatur natura* Judicij suspecti Tutoris.
2. *Quæ sit ejus causa remota, ubi recensentur ejus species.*

3.De-

3. *Describitur Subjectum activum.*
4. *Et passivum.*
5. *Additur objectum.*

1 DEcima tertia Actio est accusatio sive criminatio suspecti tutoris vel Curatoris, quæ ex L. L. XII. Tabularum descendit, *l. 1. §. 1. ff. de suspect. tutorib. & Curatorib.* Bacchov. *in not. ad Wesenbec. ff. eod.* Struvius *syntagm. jur. civil. exercit. 31. thes. 53. ibique* Petr. Myller. *in not.* non tamen est actio merè Civilis, sed propiùs ad naturam accusationis accedit, per quam pœna irrogatur, remotio nempè Curatoris vel tutoris suspecti, simulque ut extra ordinem remotus puniatur. Duarenus *ff. de suspect. tutorib. & Curatorib. in princ.* Manz. *Institut. eod. n. 47.* dicitur hæc Actio *quasi publica, l. 1. §. 6. dict. tit. & ibid.* Brunneman. etsi enim in pluribus cum Judicijs publicis conveniat, ab ijs tamen distat 1. quòd non vindicet jus Reipublicæ, sed sòlummodò pupillorum ac minorum, quorum patrimonia conservari Reipublicæ mediatè saltem interest; 2. accusans non tenetur se subscribere ad pœnam criminis, quam intendit, seu ut vocant, ad pœnam talionis, neque 3. ab accusatione desistens in SCtum Turpillianum incidit, quemadmodum in Judicijs verè publicis observatur: hinc si ad simplicem tutoris vel Curatoris remotionem hæc actio collimat, tunc naturam actionis Civilis induit, *l. 9. ff. de suspect. tutor. & Curat.* si verò etiam ad pœnam extra ordinem infligendam agitur, Criminalis erit dicenda, adeóque, ut verbo dicam, anomala est hæc criminatio. Petr. Myller. *in not. ad Struv. dict. loc.*

Causam hujus actionis remotam 2
constituit delictum, quod per eas consummatur causas, queîs suspectum se tutor vel Curator reddit; similes verò causæ, ob quas suspecti crimine se onerat, sunt 1. si inventarium sub exordio susceptæ administrationis non confecit, aut pupillum in judicio non defendit; *l. ult. in princ.* & *§. final. Cod. arbitr. tutel.* 2. si sui copiam non faciat, quando pupillo alimenta sunt præstanda; *l. 3. §. 14. ff. de suspect. tut. & Curatorib.* 3. si oblatâ pecuniâ tutelam emit, & per sordes ad officium tutelæ est grassatus, *l. 1. §. 7. ff. de offic. Præfect. urb.* 4. si se tutelæ ultroneo motu ingessit, aut ex rebus pupillaribus quasdam intercepit, *cit. l. 1. §. 7. & seq. ff. de. offic. Præfect. urb.* & *l. 3. §. 5. ff. de susp. tutorib. & Curator.* præter alias plures, quas ad longum enarrando persequitur Ulpianus *in dict. l. 3. cum suis §. §. ff. eod.* Causa verò proxima est obligatio.

Datur Actio hæc omnibus, qui- 3
bus pietate motis hoc officiô fungi placet, *l. 1. §. consequens est ff. de*

de suspect. tutor. vel Curator. unde admittuntur etiam mulieres, quæ pietate necessitudinis ductæ ad accusationem procedunt, quales sunt Mater, Nutrix, Avia, Soror, & si quæ alia, cujus propensam in pupillum & minorennem Magistratus advertit pietatem; *l. 1. §. 7. ff. eod.* conceditur 2. etiam tutoribus, etsi antecedenter suspecti sint remoti, adversus tutores in remotorum vicem suffectos, aut contutores suos. *l. 3. in princ. ff. de suspect. tutor. & Curator.* 3. indulgetur etiam adolescentibus, si modò ex consilio necessariorum hanc movent accusationem, *l. impuberibus 7. ff. eod.* non verò impuberibus, hi enim ob animi imbecillitatem, & lubricum teneræ ætatis consilium à criminatione removentur; *cit. l. impuberibus 7. ff. de suspect. tut. & Curator.* 4. etiam pupillorum libertis conceditur. *l. 3. §. 1. ff. eod.* conferatur Oldendorp. *de Action. class. 7, act. 1.* Petr. Myller. *in not. ad Struv. syntagm. jur. Civil. exercit. 30. thes. 53.* hæredibus verò non datur; aut enim sunt hæredes pupillorum & minorum, & tunc actio hæc nullum ampliùs habet finem, cùm per mortem pupilli vel minoris tutor vel Curator, qui suspectus videbatur, jam sit remotus: aut sunt hæredes alterius personæ, quæ jus accusandi vel postulandi tutorem vel Curatorem suspectum habet, & tunc illi, cùm quasi publicum & populare sit hoc judicium, non ut hæredes, sed ut quilibet de populo agere possunt.

Porrigitur hæc actio adversùs omnes tutores, sint dein vel testamentarij, vel legitimi, vel dativi; 4
l. 1. §. ostendimus ff. de suspect. Tut. & Curator. quin & adversùs Patronum liberti tutorem conceditur, *cit. l. 1. §. ostendimus ff. & §. ostendimus Instit. eod.* modò ejus non sugilletur honos, aut lædatur fama, vide Oldendorp. *class. 7. act. 1.* alioquin satiùs est, ei Curatorem adjungi. *l. si tutor. 9. ff. de susp. tutor. & Curator.* quemadmodum autem hæredibus, ita & in hæredes denegatur, *l. post finitam 11. ff. eod.* tum quòd oriatur ex tali delicto, ex quo ad hæredes pervenire nihil potest, tum quòd per mortem tutor aut curator suspectus jam sit remotus, per consequens actionis hujus finis, qui est suspecti remotio, obtineri non ampliùs possit, si hac actione hæredes conveniantur.

Objectum actionis hujus est bipartitum, aut enim duntaxat agitur civiliter, aut etiam criminaliter; 5
priori casu actio eò collimat, ut tutor, vel Curator removeatur, posteriori, si ob dolum removetur suspectus, pœna est infamia, *§. 6. Instit. de suspect. tutor. & Curat.* cui, si gravior sit delicti seu doli species, alia etiam extraordinaria addi castigatio potest. *§. 10. Instit. eod.* conferatur Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 31. thes. 55.* & *ibid.* Petr. Myller. *in not.* Nascitur

citur

citur hæc actio mox ab incepto tutelæ vel curatelæ officio, & tamdiu perdurat, quamdiu tutoris vel Curatoris officium. vid. Oldendorp. *de action. cit. class. 7. action. 1.*

ACTIO

Tutelæ directa.

SUMMARIUM.

1. *Describitur actio tutelæ directa.*
2. *Annotatur subjectum activum & passivum hujus actionis.*
3. *An detur adversùs tutorem honorarium.*
4. *An eodem modo in hæredem competat, quo in tutorem defunctum.*
5. *An pater possit hac actione conveniri ex tutela à filio gesta?*
6. *An detur tutori adversùs contutorem?*
7. *Describitur objectum hujus actionis.*
8. *An fructus etiam & usuræ in hanc actionem veniant?*

1 JUdicio suspecti Tutoris juxta Pandectarum ordinem, in quarta earum parte succedit decima quarta Actio tutelæ directa, cujus finis præcipuus est defensio ætatis pupillaris, ne administratio & potestas tutoria degeneret in præjudicium pupilli seu illorum, qui sub ea potestate vivere debent. Describi hæc actio potest, quòd sit personalis, civilis, rei persecutoria, bonæ fidei, quæ finitâ seu dissolutâ tutelâ adversùs tutorem conceditur, ut administrationis suæ rationes reddat, & omne damnum exinde ortum resarciat; potiora descriptionis hujus vocabula ex superiùs circa alias actiones dictis patent, illud tamen hoc locô singulare est, quòd hæc actio ante finitam tutelam mover non possit, *l. nisi finita 4. in princ l. sed non dantur 10. ff. de tutel. & ration. distrahend.* licet de Sacri Romani Imperij Recessibus hodie aliud obtineat, sicut in fine pluribus remonstrabitur. Vocatur subinde *arbitrium tutelæ, tot. tit. Cod. arbitr. tutel.* non ex ea ratione, quòd sit arbitraria, sed ideò potissimùm, quòd hæc actio in judicantis arbitrio consistat, qui excussis tutelæ rationibus ex bona fide disjudicat, quid à tutore pupillo sit præstandum. vid. Cujacius *in paratitl. ad Cod. dict. tit.*

Datur hæc actio adulto, seu minorennitatem assecuto, ejúsque hæredibus, *l. si plures §. 1. ff. de admi-* 2

ministrat. & pericul. tutor. l. 1. §. sed & 17. ff. de tutel. & rationib. distrahend. adversùs illum, qui fuit tutor, & ejus hæredes, *dict. l. 1. §. hanc actionem etiam ff. de tutel. & ration. distrah.* nec refert, sive quis fuerit tutor testamentarius, sive legitimus, aut cujuscunque alterius generis, quoniam omnes ex quasi contractu sunt obligati, ac per consequens talis inde profluens obligatio æqualiter in omnibus operatur, ita quidem, ut hæc actio non minùs adversùs Patronum, quàm alium porrigatur. *l. patronus 8. ff. de tutel.* Dices: actio hæc infamat, ergo adversùs patronum non extenditur, *argt. l. non debet ff. de dol mal. & l. 1. §. ostendimus ff. de suspect. tut. & Curat. §. ostendimus Instit. eod.* sed responsio est facilis quemadmodum enim actio tutelæ non semper in dolum concipitur, aut dolum vindicat, ita & eo casu, quo in patronum movetur, verbis temperatur, & bonæ fidei potiùs, quàm doli mentio fieri assolet.

3 Dubium autem est 1. de Tutore honorario, an & ille hac actione conveniri possit? Mihi hoc in passu non sufficiens subest dubitandi ratio, quin & tutor honorarius judicio tutelæ pulsari possit, per. *l. si divisio 2. Cod. de dividend. tutel. & pro qua part. quisq. tutor. conven.* in verb. *nisi per dolum vel culpam suspectùm non removerunt, vel tardè suspicionis rationem moverunt.* videantur jura & Auctoritates post Manzium à Lauterbach *in disput. de honorar. tutore thes. 30.* allegatæ. Quòdsi verò sint plures tutores, in genere adversùs omnes conceditur in solidum; ubi tamen in specie multiplex facienda foret distinctio, an nimirum divisio administrationis intercesserit, & an ea à Judice, vel testatore, aut solùm à tutoribus sit facta, quô casu iterum refert, an omnes sint solvendo, vel non; quas distinctiones desumere licet ex *l. 1. §. nunc tractemus & seq. de tutel. & ration. distrah.*

Dictum superiùs fuit, hanc actionem adversùs hæredem tutoris 4
porrigi, dubium itaque est 2. utrùm eodem modo, seu æquali cum effectu in hæredem competat, quasi in defunctum seu tutorem concedebatur? quô locô notabile est discrimen hæredem inter atque defunctum tutorem, tametsi enim aliàs obligationis conditio & causa hæredum gratiâ non immutetur, *l. stipulationum quædam 2. §. ex his ff. de Verb. Obligat.* mitiùs tamen cum hærede hic, quàm cum defuncto agitur, hic enim de damno per culpam etiam levem dato tenetur, conferantur auctoritates à Brunem. *in l. 7. Cod. arbitr. tutel.* adductæ, ille autem hac actione ob culpam levem tutoris conveniri non potest, nisi ex ea aliquid ad illum pervenerit. *l. hæredes 1. Cod. de hæredib. tutor. vel Curator.* Casparus Manz. *in tract. de Tutel. tit. 4. à num. 81.*

Dubitatur 3. an pater possit hac 5
actione pulsari ex tutela à filio gesta? ubi certum quidem est, eum con-

conveniri posse actione tutelæ obliquâ, seu de peculio, *l. si filiusfamilias 7. ff. de tutel. l. Lucius Titius 21. ff. de administrat. & pericul. tutor. &c.* actio verò directa tutelæ ex tutela à filio administratâ in patrem non conceditur, nisi tutelam agnoverit, quod fecisse censetur, si filio tutelam suscipienti consenserit, vel operam gerenti admoverit, aut alia ei ratione annuerit, quemadmodum pluribus videri potest textus *in cit. l. si filiusfamilias 7. ff. de tutel.* vel si pro filio suspecto postulato intercesserit; his itaque casibus in solidum conveniri potest pater, ex ratione, quia omne periculum in se suscepisse censetur, ut loquitur *text. in allegat. l. Lucius Titius 21. ff. de administrat. & pericul. tutor. &c.*

6 Ambigitur 4. an hæc actio Tutori adversùs contutorem detur? Negari id verbis sat apertis videtur in *l. cùm plures 12. in princ. ff. de administrat. & pericul tutor.* & *l. actûs sui 19. ff. eod.* quidquid autem sit de actione directâ, utilis saltem tutori adversùs contutorem conceditur. *l. 1. §. & si fortè 13. ff. de tutel. & ration. distrah.* argt. *l. ex facto ff. de negot. gest.*

7 Porrò objectum hujus actionis præcipuè consistit in rationibus pupillo reddendis, *l. 1. §. officio tutoris 3. ff. de tutel. & ration. distrah.* & quidem ex eo die, quo se tutorem esse cognovit, ex eo enim tempore res seu patrimonium pupillare tutoris periculo subesse jam cæpit; in dubio tamen tutoris ignorantia præsumitur, si videlicet lis exoriatur, an se tutorem esse sciverit, an verò ignoraverit. *l. hoc autem 6. ff. de administrat. & pericul. tutor.* Eo autem casu, quo tutor ab initio suæ administrationis inventarium non confecit, ac per consequens rationum Codices omninò non, vel saltem non sufficienter exhibet, potest pupillus adversùs tutorem in litem jurare, *l. tutor qui repertorium 7. ff. eod. l. final. ff. de in litem jurand.* videatur ad longum de hoc differens Manz. *cit. tractat. de tutel. tit. 3. à n. 51.* In specie autem hac actione repeti potest, quidquid ex patrimonio pupilli penes tutorem reliquum est, tametsi non occasione tutelæ, sed alio fortè titulo à patre pupilli in tutorem translatæ forent; *l. si tutor 5. ff. de tutel. & ration. distrah.* quin imò omne damnum culpâ etiam levi in patrimonio pupilli datum compensare per hanc actionem tenetur, *l. quidquid 7. Cod. arbitr. tutel.* quo locô non modò culpa commissionis, sed etiam omissionis notatur, hinc si v.g. tutor aliquam hæreditatem pupillo delatam adire, vel bonorum possessionem agnoscere omisit, cujus pupillo interfuit, ad omne hoc nomine contingens interesse pupillo resarciendum adstringitur. *l. cum qui 4. Cod. arbitr. tutel.*

Non minùs etiam per hanc actionem fructus perceptos, & qui à tutore percipi potuissent, acquirit pupillus, *l. sine hærede 32. §. 2. ff. de* 8

ad-

administr. & pericul. tutor. Secundò in hanc actionem etiam usuræ veniunt, casu, quo tutor pecuniam pupillarem in suam vertit utilitatem, ratio est, quia illæ vicem fructuum obtinent, *l. usuræ vicem 34. ff. de Usur. & fructib.* quod & innuit textus sat apertus in *l. tutor 7. §. pecuniæ quam 4. ff. de administration. & pericul. tutor.* videatur prolixius circa hoc punctum differens Manzius in laudato *tract. de tutel. cap. 3. à. n. 58.* quòdsi autem tutor pecuniâ pupillari prædium aliquod, vel aliud bonum immobile sibi emit, pupillo electio competit, an rem seu prædium emptum, vel pecuniæ refusionem repetere velit. *l. si Curator 3. Cod. arbitr. tutel.* Ultimò circa hujus actionis objectum singulariter est annotandum, quòd, licet hæc actio ex natura sua in solidum competat, in filio tamen emancipato aliud obtineat, & regula limitationem patiatur; ille enim de ijs, quæ ante emancipationem gessit, non in solidum, sed quantùm facere possit, tenetur. *l. tutorem qui 57. §. inde descendit ff. de administrat. & pericul. tutor.* quemadmodum autem hæc actio mox finita tutela moveri potest, per ea, quæ superiùs deducta sunt, ita etiam perpetua est, per jura in *l. Tutores Cod. arbitr tutel.*

ACTIO

Tutelæ contraria.

SUMMARIUM.

1. *Describitur actio contraria tutelæ.*
2. *Enucleatur ejus subjectum & objectum.*
3. *Annectuntur requisita ad petendas hac actione expensas.*
4. *Qualis detur Actio adversùs Curatorem.*

1 ACtionem tutelæ directam subsequitur decima quinta, quæ *tutelæ contraria* dicitur; sicuti enim pupillo actionem directam Jura præstituerunt adversùs tutorem, ad hoc, ut administrationis suæ rationem reddat, ita non minùs tutori prospexerunt de judicio seu actione contraria adversùs pupillum, ad indemnitatem suam consequendam. Describi illa potest, quòd sit actio personalis, prætoria, rei persecutoria, bonæ fidei, competens tutori contra adultum seu minorem, cujus tutelam gessit, ad indemnitatem suam consequendam: quod

per-

personalis sit, difficultas nulla movenda est, patet enim ex eo, quòd ex quasi contractu descendat; quòd autem actionibus Prætorijs accenseatur, cùm econtra actio directa inter Civiles numeretur, ea est ratio, quòd de jure Civili nullum fuerit tutori concessum remedium ad indemnitatem suam adversùs pupillum conservandam, quod Prætori naturalem æquitatem contemplanti nimis durum est visum, ac proinde actionem tutori produxit, quà se indemnem contra pupillum servet, *l. contrariam 1. in princ. ff. de contrar. tutel. & util. action.* ex cujus legis tenore clarè etiam ratio desumitur, quæ Prætorem ad hanc proponendam actionem permovit. Cœtera præmissæ descriptionis vocabula sat ex illis liquent, quæ sæpiùs inculcata jam sunt.

2 Competit hæc Actio Tutori & ejus hæredibus, ad instar actionis directæ, quæ etiam pupillo ejúsque hæredibus tribuitur; *cit. l. 1. §. hac Actio.* & *l. quid ergo 3. §. hanc actionem final.* & *l. hæredem 5. ff. de contrar. tutel. & util. act.* porrigitur adversùs adultum seu minorennitatem assecutum, & ejus hæredes, argt. *dict. l. 1. §. final. ff. de contrar. tutel. & c.* Oldendorp. *de actionib. class. 4. act. 32.* conceditur in genere pro indemnitate tutoris servandâ, in specie verò ad id, quod à tutore in rem pupilli est impensum, repetendum, quemadmodum si quid in alimenta pupillo subministranda, aut disciplinas ejus erogaverit, tametsi id, quod exsolvit, ad officium sui contutoris pertinuerit, uti innuit text. *in l. Titium 47. §. final. ff. de administrat. & peric. tut.* Persequitur hæc actio 2. etiam illas expensas, quas tutor post finitam tutelam fecit, modò in negotium tutelæ necessariò connexum factæ sint. *l. quid ergo 3. §. Judicio 8. ff. de contraria tutel. & util action.* non minus & 3. hæc actio tutori tribuitur, quamvis à tutela ut suspectus remotus sit, *l. à tutela 4. ff. eod.* rationem assignat text. in verb. *remotus eô locô haberi debet, quô esset finitâ tutelâ, & sicut actiones patitur, perinde ac si pupillus pubes factus esset, ita contrario judicio, si quid ei aberit, persequi debebit*, &c.

Ad hoc autem, ut hæc actio locum obtineat, requiritur 1. ut tales expensæ sint bonâ fide factæ, *text. in allegat. l. quid ergo 3. §. penult. ff. de contrar. tutel & c.* in verb. *deducuntur enim in tutelæ judicium sumptus, quoscunque fecerit in rem pupilli, sic tamen, si ex bona fide fecit.* 2. deposcitur, ut hi sumptus sint moderati, & pupillo expediant, *dict. l. quid ergo 3. in princ. ff. eod.* & 3. ut sint in utilitatem pupilli versæ hæ impensæ, *argt. sæpe dict. l. 3. §. 7. ff. de contrar. tutel. & util. act.* Ulterius hæc actio principaliter competit ad salarium, si quod tutori vel de consuetudine, vel ex 3

promissione debetur, persequendum. *argt. l. à tutoribus 33. in fin. ff. de administrat. & pericul. tutor.* Secundò, si tutor se ipsum, vel res suas pro pupillo obligavit, hac actione agere ad liberationem potest; *§. tutores 2. Instit. de obligat. quae ex quasi contract. nasc. l. si tutor 6. ff. de contrar. tutel. &c.* Tertiò conceditur hæc actio ad petendum id, quod propter utilitatem pupilli tutor in proprium detrimentum neglexit, & negotijs pupillaribus impeditus lucrari non potuit, videatur Wisenbach *ff. de contrar. tutel. & util. act. n. 4.* & quidem inspecto Jure Civili tale lucrum cum usuris repetere potest; *l. quid ergo 3. §. 1. ff. eod.* plura de Actionis hujus objecto specialia videantur apud Manzium *in allegat. tractat. de tutel. tit. 4. à n. 37.* Quemadmodum autem hæc Actio mox à tempore depositi officij moveri potest, sive pubertate, sive remotione, aut aliô modô tutela finiatur, *l. à tutela 4. ff. de contrar. tutel.* ita etiam durat perpetuò. *l. quid ergo 3. §. hanc actionem ult. ff. eod. l. ult. Cod. arbitr. tutel.*

Sub Actionis hujus finem advertas velim, si quis alicujus non tutelam, sed curam gessit, illum quidem neque directâ tutelæ, neque negotiorum gestorum actione, cùm non liberè sponteque minoris absentis, sed ex officio & plerumque præsentis negotia gesserit, sed utili tutelæ actione conveniri posse, per ea, quæ tradunt Doctores *in l. Pater vester 2. Cod. de hæredib. tutor.* quæ tamen per omnia fermè eandem obtinet naturam, quam actio directa tutelæ sortitur. Porrò, quemadmodum minori adversùs Curatorem indulta est actio utilis tutelæ, ita etiam Curatori utilis contraria est præstituta, hodiernis præsertim moribus, quibus tutela post adeptam pubertatem in Curam transmigrat, & quasi in unum coalescit; *argt. Recessûs Imperij Augustani Ann. 1548. tit. 31.* quô minores etiam inviti Curatores acceptare coguntur. 4

ACTIO

De rationibus distrahendis.

SUMMARIUM.

1. *Ratio & casus hujus actionis ostenditur.*
2. *Describitur hæc Actio.*
3. *Deducitur subjectum activum;*
4. *Et passivum.*
5. *Objectum hujus actionis sunt*

res ablatæ, & earum æstimatio.
6. *Quid sentiendum sit in concursu hujus actionis cum actione tutelæ.*
7. *Quid in concursu cum actione furti.*

1 DEcima sexta succedit Actio *de rationibus distrahendis*, cujus introductæ rationem communi suffragiô hanc DD. assignant, quòd non sufficiat, constitutum fuisse à Jure aliquod remedium, quô tutores ad consignandas administrationis suæ rationes compellantur, sed necessarium insuper fuerit, de tali quoque providere auxiliô, quò rationes illæ à tutoribus redditæ impugnentur. Casus itaque hujus actionis à sæpe laudato Manzio *in cit. tract. de tutel.* talis efformatur; si aliquis adultus petierit à suo tutore rationes dari, atque ille codicem seu librum rationum exhibuerit, eásque suô modô & juxta apparentiam justificaverit, in quibus tamen adultus deprehendit, res quasdam non esse illatas, sed à tutore abstractas aut oppressas, in simili facti contingentia huic actioni locus est, secundùm ea, quæ *l. cit.* pluribus & in terminis prosequitur Manz. & tametsi hujus nomine à parte rei vera daretur actio furti, in administratæ tamen tutelæ honorem, & quòd tutor Domini locô habeatur, ejus nomini parcitur, aliísque verbis hæc actio temperatur. Bacchovius *ad Wesenbec. ff. de tutel. & rat. distrah.* & *ad Treutler. vol. 2. disput. 9. thes. 6.*

Describi autem potest hæc actio, quòd sit civilis, mixta, partim pœnalis, partim rei persecutoria, competens adulto finitâ tutelâ, contra tutorem, ad duplum ejus, quod durante tutelâ ex rebus pupillaribus intercepit, vel abstulit; causa ejus remota est delictum, proxima est obligatio. *l. 1. §. in tutela.* & *l. actione 2.* & *l. 21. ff. de tutel. & ration. distrah.* 2

Subjectum activum seu personæ, quibus hæc actio datur, sunt adulti, seu qui priùs sub tutela vixerunt, eorúmque hæredes, saltem de eo, quod vivô pupillô ex patrimoniô ejus abstractum & ablatum est, *dict. l. 1. §. hanc actionem ff. eod.* ex ea fundamentali ratione, quòd actiones rei persecutoriæ, tametsi ex delictô descendant, hæredibus Actoris nihilominùs concedantur, sicut contra Arnold. Vinnium *in prælimin. observ. 5. à n. 13.* sat prolixè probavi. 3

Competit adversùs quondam tutorem, qui ex patrimonio pupilli res quasdam abstulit, cùm tutorem oporteat esse tuitorem, non tollitorem, per *l. actionem 2. ff. de tutel. & ration. distrah.* neque circa hoc subjectum passivum hujus actionis facienda est distinctio inter tutores, conveniri enim possunt, sive sint testamentô, sive à 4

Judice dati, aut etiam legitimi, *l. 1. §. rationibus 19. ff. eod.* ubi tamen notanter est advertendum, quòd illi, qui non sunt jure seu legitimè dati, aut tutelam non gesserunt, quales sunt tutores honorarij, hac actione pulsari non possint, argum. à sensu contrario *cit. l. 1. §. 19. ff eod.* partim quia iniquum foret, tales tutores non gerentes hac actione pulsari, partim cùm non jure, seu illegitimè dati alijs actionibus conveniri possint. Utilis hæc Actio, ad instar actionis tutelæ directæ, conceditur etiam adversùs Curatorem, res ex patrimonio minoris amoventem, confer. Wesenbec. *ff. de tutel. & ration. distrah. à n. 7.* si autem plures sint tutores, res pupillares distrahentes, quilibet eorum conveniri in solidum potest, adeò quidem, ut id, quod unus solvit, ab alijs repetere ampliùs non possit, siquidem proprij delicti pœnam solvit, & delictorum nulla est societas, nulla efficax seu justa communicatio; *l. 1. §. planè si 14. ff. de tutel. & ration. distrah.* si tamen unus solvit, reliqui liberantur, per text. apertum in *l. tres tutores §. 1. ff. de administrat. & pericul. tutor.* quod est singulare respectu aliarum actionum ex delicto descendentium, quæ licet adversùs unum intentatæ solidum persecutæ sint, reliqui tamen non liberantur; ratio hujus singularitatis est, quòd tutores ut tutores non tam invitô Dominô res pupillares contrectare, quàm perfidè agere videantur, adeóque administrationis velamen in hoc casu tegit, seu potiùs temperat furtum, sicut per formalia verba rem deducit Manzius *dict. tractat. tit. 3. à n. 136.* Adversùs hæredes tutoris hæc actio regulariter non porrigitur, *l. 1. §. penult. ff. de tutel. & ration. distrah.* nisi aliquid ad eos pervenerit.

5 Objectum hujus actionis est duplum, nempè res, quæ est intercepta, & in pœnam simul ejus æstimatio; *l. tres tutores §. 1. ff. de administr. & pericul. tutor. l. actione 2. §. hæc actio fin. ff. de tutel. & ration. distrah.* in hoc igitur differt ab actione tutelæ, quæ est simplex, & solam rem persequitur, ab actione furti autem, quia duplum, quod actio furti persequitur, est mera pœna. Quantumvis autem hæc actio ex parte pœnalis sit, perpetua tamen est, quia Civilis, constat enim actiones Civiles esse perpetuas, tametsi pœnales sint. consulatur Oldendorp. *de Action. class. 4. act. 32.*

6 Illa hoc locô non est prætereunda quæstio, an actio *tutelæ* consumat actionem *de rationibus distrahendis*, aut vicissim? Textus equidem in *l. 1. §. in tutela 21. ff. de tutel. & ration. distrah.* insinuare videtur, unam consumere alteram, in verb. *& ideò, sive tutelæ fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra tutelæ actio &c.* At quamvis hæc verba spe-

speciositatem aliquam habeant, finalia tamen dicti textûs verba, *quoad speciem istam perempta est*, rem declarant: ex quibus opinio Glossæ, & Bacchovij *ad Treutler. vol. 2. disput. 9. thes. 6. litt. D.* Manzij, & aliorum stabilitur, quòd nempe, si actum priùs sit actione *de rationibus distrahendis*, tunc actio *tutelæ* haud in totum, sed quoad speciem illam, quam quis per illam consecutus est, perimatur, ita, ut in actione tutelæ talis denique species detrahatur; quòdsi verò priùs actú sit actione *tutelæ*, tunc actio *de rationibus distrahendis* consumitur quoad unum simplum, non verò quoad alterum, in locum pœnæ suffectum.

7 Altera & præcedenti haud absimilis est quæstio, an actio *de rationibus distrahendis* absorbeat actionem *furti*? Et ratio dubitandi est, quòd absurdum sit, duabus aliquem actionibus in duplum conveniri, tametsi enim plura delicta plures admittant actiones, *l. plura 53. ff. de O. & A.* non potest tamen quis adversùs delinquentes omnibus uti. Verùm quamvis hæc regulariter ita se habeant, nihilominùs tamen, quando dolus & furandi animus probari potest, etsi actione *de rationibus distrahendis* actum fuerit, etiam actio furti nec manifesti moveri potest, in hoc enim casu specialis militat ratio, tunc quippe non licet pluribus adversùs eundem delinquentem uti actionibus, si illæ ex unâ eâdemque oriantur obligatione; hîc verò, quando tutor rem aliquam intercepit, duæ sunt obligationes, quarum una oritur ex tutela, altera descendit ex furto, ergo conventus ex priori, tutelæ scilicet obligatione, non liberatur ab obligatione furti, per textum in *l. 1. §. 22. ff. de tutel. & ration. distrah.* Bacchov. *ad Treutl. vol. 2. disput. 9. thes. 6. litt. H.* quamvis alij existiment, per actionem de rationibus distrahendis consumi actionem furti, ope saltem exceptionis. Manz. *dict. loc. n. 133. in fin.*

ACTIO

Protutelæ *directa & contraria.*

SUMMARIUM.

1. *Qui dicantur Pro-Tutores, & Pro-Curatores.*
2. *Describitur Actio pro-tutela directa.*
3. *Annotatur Subjectum ejus activum & passivum.*
4. *Subsequitur objectum.*

1 DEcimum septimum locum sortiuntur Actiones Protutelæ directa, & contraria; Dicitur autem Pro-Tutor, vel Pro-Curator, qui Tutelam vel Curam tanquam Tutor vel Curator administrant, & quidem vel bonâ fide, cùm opinentur, se esse Tutores vel Curatores, eò quòd à Prætore compulsi gesserint, aut citra malam intentionem fingunt se esse Tutores. *l. 1. §. 1. & §. 7. ff. de eo, qui pro tutor. próve Curator. negot. gess.* quemadmodum igitur adversùs tutores actio tutelæ directa, ita contra hos actio protutelæ directa est præstituta.

2 Definiri hæc actio potest, quòd sit Prætoria, personalis, rei persecutoria, bonæ fidei, perpetua, cujus caussa remota est gestio & administratio rerum pupillarium vel minorum, adeóque quasi contractus, proxima est obligatio; differt ab actione tutelæ, quia hæc ante finitam tutelam moveri nequit, *l. 4.* & *l. 9. §. fin.* & *l. 10. ff. de tutel. & ration. distrah.* benè verò possit actio protutelæ. *l. 1. §. 3. ff. de eo, qui pro tutor &c.* 2. tutor cum apparatu solennitatum res pupillares potest validè alienare, *l. 22. Cod. de administr. tutor.* non verò protutor. *l. 2. ff. de eo, qui pro tutor.* &c. 3. quòd tutor nomine pupilli absque cautione de rato agere possit, *l. 22. ff. de administr. & pericul. tutor.* secùs protutor, hic enim exceptione illegitimationis repellitur. *l. 2. Cod. de eo, qui pro tutor. negot. gess.* Ab actione negotiorum gestorum distat 1. quòd bona protutoris pupillo, quemadmodum in ipsa tutela, sint hypothecata, Anton. Faber *in Cod. lib. 8. tit. 7. definit. 2.* Carpzov. *part. 2. decis. 135.* Bruneman. *in l. penult. ff. eod.* non verò bona gerentis negotia. 2. actio negotiorum gestorum est Civilis, hæc verò actio protutelæ est Prætoria. *l. 1. ff. cit. tit.* Manz. *de Tutel. part. 2. tit. 5.* Lauterbach. *ff. de eo, qui pro tutor. próve Curat. &c. §. 1.*

Subjectum activum constituunt
pupilli & minores, qui sub Tutela 3
aut Curatela putativâ fuerunt, &
eorum hæredes. Oldendorp. *de
action. class. 4. action. 34.* Manz.
cit. loc. n. 6. Lauterbach. *ff. dict.
loc. §. 14.* Subjectum passivum effor- 4
mant protutores & pro-Curatores;
si servus pupilli patrimonium administravit, contra Dominum porrigitur actio protutelæ de peculio. *l. 1. §. 2. ff. de eo, qui pro tutor. &c.* 2. pari modo si mulier pupilli bona pro tutore administravit, ad reddendas rationes hac actione pulsari potest. *l. 1. Cod. eod.* 3. protenditur hæc actio contra verum tutorem, qui tutorem se esse ignoravit, & nihilominùs in eodem errore perseverandô continuavit administrationem, *l. 3. ff. dict. tit.* aut quando finitâ tutelâ prosecutus est administrationem rerum impuberis. *l. 1. §. 4. ff. de eo, qui pro tutor. &c.* Conceditur 4. etiam adversùs hæredes protutorum & pro-Curatorum, eodémque modô hi obstringun-

guntur de dolô & culpâ latâ, ac hæredes verorum tutorum. Oldendorpius *de action. class. 4. act. 34.* Manzius *de Tutel. part. 2. tit. 5. n. 14.*

4 Objectum hujus actionis omne illud constituit, quod est actionis tutelæ; Duarenus *ff. de eo, qui pro tutor. &c. quæst. 3.* in specie persequitur omne damnum, ex gesto, vel non gesto, quod tamen geri debuisset, per dolum vel culpam Tutoris vel Curatoris putativi exortum. *l. 4. ff. eod.* conferatur Manz. *dict. loc. à n. 10.* Moveri potest hæc actio etiam ante finitam pubertatem, prout superiùs est mentio facta, rationem dat Manz. *sæpè dict. loc. n. 22.* cùm nulla sit vera tutela, &, quemadmodum nullum certum est principium, & nullus certus finis, ideò semper pro finitâ habeatur. *l. 26. ff. de administr. & pericul. tutor.* Perpetuam autem sortitur vitam hæc actio, cùm sit ex quasi contractu, & rei persecutoria. Contra Pro-Curatorem utilis hæc actio, non directa datur, quemadmodum & in actione tutelæ est assertum. Porrò sicut Tutori contra adolescentem, ita Protutori contra pupillum pro conservandâ indemnitate datur actio contraria protutelæ. *l. 1. §. hæc actio, & l. fin. ff. de eo, qui pro tutor. prove Curat. negot. gess.*

ACTIO

Ex Edicto, quòd falso Tutore auctore gestum esse dicatur.

SUMMARIUM.

1. *Qualiter hic titulus differat à priori.*
2. *Quotuplex detur remedium.*
3. *Quibus casibûs scienti falsum esse Tutorem detur restitutio.*
4. *Describitur actio in factum ex altera parte Edicti descendens.*

1 DEcima octava Actio est descendens ex Edicto, *quod falsó Tutore Auctore gestum esse dicatur.* A priori Rubrica hic titulus diffidet, quod in priori pupillo consulatur contra tutorem, in hoc verò prospicitur contrahentibus cum pupillo, auctore falso Tutore; 2. hic titulus locum sibi vindicat, & contrahenti auxilium præbet in eo solùm casu, quô præstans auctoritatem scit se tutorem non esse, prior autem, sive sciat se non esse, sive credat bona fide, se esse tutorem: 3. in priori

ri cessat actio protutelæ, si administratur tutela illius, qui tutorem non recipit, secus est in hac actione in factum.

2 Complectitur autem hoc Edictum Prætorium duplex remedium, juxta duplicem, quam includit, partem; in prima concedit contrahenti restitutionem in integrum adversùs pupillum, in secunda autem indulget actionem in factum adversùs falsum Tutorem. Illi igitur, qui cum pupillo aliquod negotium, gessit auctore falso tutore, falsúmque esse tutorem ignoravit, conceditur ei ex Edicto Prætoris restitutio in integrum, *l. 1. §. fin. ff. quod fals. Tut. auctor. gest. esse dic.* ratio est correlativa, quemadmodum enim Auctoritas veri Tutoris pupillis prodesse debet, ita auctoritate falsi tutoris nemo est decipiendus. *l. 1. ff. eod.* Pro dilucidatione hujus materiæ ponitur à ICto Gaio *in l. 10. ff. cit. tit.* casus, quô quis falso tutore auctore cum pupillo egit, atque obtinuit, durante verò judiciô res, quæ petebatur, à pupillo est præscripta, aut tempus actioni personali præstitutum est elapsum: ait Gaius, *omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si eo tempore vero tutore auctore egisset.* hinc cum Brunnemanno ad *dict. l. 10.* existimo, in casu hujus legis agentem cum falso tutore non restitui adversùs pupillum, quemadmodum autumat Manz. *in tract. de tutel. part. 2. tit. 6. n. 3.* Petrus Myller. *in not. ad Struv. Syntagm. Jur. Civil. exerc. 31. thes. 74.* sed adversùs falsum Tutorem actionem in factum movendam, ratio est, quia Judicium est nullum, ac consequenter nullum producit effectum, ideóque nec per litis contestationem præscriptio interrumpi potuit; idipsum est asserendum de casu, quô verus equidem Tutor auctoritatem contractui præstet vel liti, sed sit talis, qui præstare eam non potest, quemadmodum honorarius, cui administratio est interdicta, aut si sit furiosus, vel ad aliam regionem datus; *l. 1. & l. 2. ff. quod fals. tutor. auctor. &c.* quæ omnia obtinent, quando contrahens ignoravit falsum esse tutorem. *l. 1. § 6. ff. eod.*

Sunt tamen aliqui casus, quibus etiam scienti falsum esse tutorem restitutio conceditur; primus est *in l. 2. ff. quod falso tutor. auctore &c.* quô actori vel contrahenti equidem fuit insinuatum, esse falsum tutorem, sed bona fide & probabili conjecturâ non credidit; Secundus est, si actor sit pupillus vel minor; *l. 3. & l. 4. ff. eod.* tertius denique est, si à Judice compulsus sit. *l. 5. ff. dict. tit.* 3

Ex alterâ Edicti parte succurritur actori vel contrahenti adversùs falsum tutorem, dolô malô auctoritatem præstantem, proditáque est actio in factum *in l. 7. ff. quod fals. tutor. auct.* &c. quæ delineari potest, quòd sit prætoria, personalis, ex parte actoris rei persecutoria, ex parte verò rei conventi pœnalis, annalis, causa remota est delictum, 4

fal-

falsa nempè Auctoritatis præstatio, proxima est obligatio; vide Oldendorp. *class. 4. act. 35.* Haersolte *in adversar. de Action. part. 4. action. 27.* datur contrahenti cum pupillo vel minore, falsò tutore aut Curatore Auctore, atque illius hæredibus, *l. 9. §. 1. ff. eod.* Manz. *de Tutel. part. 2. tit. 6. n. 28.* utilis verò datur quoque pupillo vel minori, si ex administratione falsi tutoris læsi sunt. *l. fin. ff. eod.* Oldendorp. *class. 4. act. 35.* Manz. *dict. loc. n. 26.* Porrigitur hæc actio contra falsum tutorem, doli videlicet conscium, *dict. l. fin. ff. quod fals. tutor. auctor. gestum esse dic.* neutiquam verò adversùs ipsius hæredes, *l. 9. §. 1. ff. eod.* nec contra illum Tutorem, qui dolô caret. Francisc. Duarenus *ff. eod.* Objectum hujus actionis constituit, quanti ea res est, *l. 7. ff. hic*, sive id, quod verè interest, deceptum aliquem non esse, Oldendorp. *dict. act. 35.* Wisenbach. *ff. hic*, Manz. *cit. loc.* adeóque juxta priùs dicta à parte Actoris est rei persecutoria, ex parte verò rei conventi est pœnalis, proindéque ultra anni spatium non protenditur. Videantur Manz. Wisenbach, & Oldendorp. *dict. loc.*

ACTIO

In factum subsidiaria, competens pupillis & minoribus adversùs Magistratum.

SUMMARIUM.

1. *Quando Magistratus teneatur.*
2. *Qualis inde detur Actio, & cui illa competat.*
3. *Contra quos porrigatur.*
4. *Quibus casibus concedatur.*
5. *Quomodo moveatur adversùs Magistratus.*
6. *Non datur contra fidejussores Magistratuum.*
7. *Quod sit ejus objectum.*

1 DEcima nona est Actio in factum subsidiaria, præstituta pupillis & minoribus, adversus Magistratum, qui administrationi rerum pupillarium non satis consuluit; si enim Tutores & Curatores, eorúmque hæredes, atque assignati fidejussores, horúmque itidem hæredes conventi, damnati, ac per executionem excussi sunt, hique omnes adolescentibus & minoribus satisfacere nequeunt, resarcitio damni ad Magistratus ideò devolvitur, quia Magistratus, qui sufficientem satisdationem non præstituunt, Tutores idoneos esse affirmâsse, adeó-

que fidejussorum vices sibi arrogâsse censentur. *l. 4. §. fin. ff. de fidejuss. & nominatorib.*

2 Est hæc Actio personalis, civilis, rei persecutoria, subsidiaria, perpetua, cujus causa remota est delictũ, dolus nimirùm vel culpa Magistratûs, proxima est obligatio, conferatur Manzius *in tractat. de Tutel. part. 2. tit. 8. à n. 6.* Lautterbach *ff. de Magistrat. conveniend. §. 3.* Petr. Myller. *in not. ad Struvium syntagm. Jur. Civil. exercit. 31. thes. 81.* Conceditur quondam pupillis & minoribus, adeóque illis, qui in tutela vel cura fuerunt, horúmque successoribus, *l. 1. §. 4. ff. de Magistr. conven.* ratio est, cùm ex parte actoris sit rei persecutoria.

3 Subjectum passivum apud Romanos non constituebant Præfectus Urbi, Prætor, aut Provinciæ Præses, sed soli illi, qui satisdationem exigere, vel Tutores approbare debebant, *§. fin. Instit. de satisdat. tutor. l. 1. §. 1. ff. de Magistrat. conveniend.* vicariámque operam hoc in passu præstabant, quales erant Magistratus Municipales, Duûmviri, ac Defensores Civitatum, Bacchov. *in Wesenbec. ff. hic*, hi enim ex imperio plerumque & jussu superioris Magistratûs tutores dabant, in eos inquirebant, & satisdationem exigebant. vide latè deducentẽ Manz. *de Tutel. part. 2. tit. 8. à n. 31.* Hodie Magistratus omnes, queîs Tutores & Curatores dandi jus est concessum, hac actione pulsari possunt. *Ordinat. Politica sub Carolo V. ann. 1548. & Rudolpho II. ann. 1577.* jungatur Petr. Myller. *in Struv. syntagm. Jur. Civil. exercit. 31. thes. 81.*

Moveri ergo potest hæc actio contra Magistratus 1. si distulerunt assignationem tutelæ in suos successores; *l. 1. §. 7 ff. de Magistr. conveniend.* 2. si quidem Tutores dederint, sed non idoneos; *l. 3. Cod. eod.* 3. si quidẽ assignatus tutor idoneus, sed nulla ab ipso exacta fuerit satisdatio; *§. 2. Instit. de satisdat. tutor.* conferatur Anton. Faber *in Cod. lib. 5. tit. 41. definit. unic.* habet autem locum hæc Actio eo solummodò casu, quô pupillo aliâ ratione consuli non potest, ac proinde subsidiaria appellatur. Nec obstat *l. 1. § 15. ff. de tutel. & ration. distrah.* ubi asseritur, priùs Magistratũ, quàm Contutores cõveniendos; intelligendus enim est textus de eo casu, quô tutori honorario, vel alijs, quos inter administratio à Judice vel testatore fuit divisa, nihil potest imputari, Magistratus verò non idoneam cautionem præstituit administrationi rerũ pupillarium, adeóque magis est in culpâ, quàm contutores. Vid. Bacchov. & Ludvvell *in §. 2. Instit. de satisdat. Tutor.* & alij à Brunneman. *in dict. l. 1. §. 15. ff. de tutel. & ration. &c.* relati 4

Plures si Magistratus fuerint, interest, utrùm omnes tutorem dederint, cautionémq; dolô malô non exegerint, & in hoc casu omnes possunt conveniri in solidum, *l. 7. ff. de Magistr. conven.* éstque in ar- 5

arbitrio pupilli, quem velit hac actione pulsare, quod tamen ab uno est consecutus, denuò petere nequit, cùm hæc actio ex parte pupilli sit rei persecutoria; *l. 2. ff. eod. l. 57. ff. de R. I.* si autem culpâ hæc cautio sit omissa, pro virili parte sunt conveniendi, *dict. l. 7. ff. de Magistr. conven.* si omnes sint solvendo, *l. 3. Cod. eod.* ibique Brunnem. Casu verò, quô non omnes tutorem dederunt, eò quòd uni fortè gestio Magistratûs fuerit demandata, reliqui habent beneficium ordinis: *l. 1. §. 9 ff. eod.*

6 Porrigitur adversùs Magistratûs hæredes, *l. 4. ff. de Magistrat. conveniend.* non autem adversùs ejus fidejussores, quia non pupillo, sed Reipublicæ rem salvam fore promiserunt; *l. 1. ff. eod.* nec adversùs Ordinem, sed solùm contra eos, qui dare debuerant, nisi Ordo periculum in se receperit: *dict. l. 1. ff. cit. tit.* minùs protenditur adversùs absentes, non consentientes, aut successores in Collegio, Besold. *consil. part. 3. consil. 113. à n. 6.* Lautterbach. *ff. de Magistrat. conveniend. §. 9.* benè conceditur contra Notarium vel Scribam, cujus dolô vel culpâ minùs scriptum, annotatúmve fuit, quàm in pupilli facultatibus est. *l. fin. ff. eod.*

Objectum hujus actionis est idem, 7
quod in actione tutelæ, tenentur enim Magistratus omne resarcire damnum, quod dolo, vel culpâ etiam levi pupillo obtigit, hæredes verò eorum obstringuntur de culpâ tantummodò latâ; *l. 4. ff. dict. tit.* pariter si filiusfamilias Magistratu functus est, in patrem non in solidum, sed in quantum est in peculio, datur hæc Actio; *l. 1. §. fin. ff. de Magistrat. conveniend.* Bona tamen Magistratûs pignoris nexu ligata non sunt, quemadmodum Tutorum vel Curatorum: *l. 1. §. 14. ff. eod.* Brunneman. *ibid* Lautterbach. *ff. hic §. 12.* Movenda est hæc Actio finitâ tutelâ, durátque perpetuò. Oldendorp. *de Action. part. 4. act. 37.* Manzius *de Tutel. part. 2. tit. 8. quæst. 11.* De viridi observantia hujus actionis attestatur, & præjudicijs confirmat Lautterbach *ff. de Magistrat. conven. §. fin.*

SECTIO QUINTA

De Actionibus, ex quinta Pandectarum parte descendentibus.

ACTIO

Ex Edicto, si quis omissâ causâ testamenti ab intestato, vel aliô modô possideat hæreditatem.

SUMMARIUM.

1. Deducitur causa hujus Edicti.
2. Describitur Actio inde emanans.
3. Quæ personæ constituant subjectum tam activum, quàm passivum.
4. Recensentur Requisita hujus actionis.
5. Resolvitur dubium.
6. Prosequitur subjectum passivum.

1 PRimam inter Actiones quintæ partis Pandectarum sedem occupat Actio, quæ descendit ex Edicto Prætoris sive Titulo, *si quis omissâ causâ testamenti ab intestato, vel aliô modô possideat hæreditatem;* tametsi enim hæredi ab intestato, qui simul in testamento designatus est hæres, arbitrarium sit, utrùm ex testamento, vel ab intestato hæreditatem amplecti velit, id tamen in præjudicium tertij concessum non est, occurrit quippe Prætor calliditati eorum, qui omissâ causâ testamenti, in fraudem legatariorum ab intestato succedere attentant; *l. 1. ff. si quis omiss. caus. testam. &c. ibique* Brunneman. David Mævius *part. 7. decis. 61.* Struvius *syntagm. Jur. Civil. exercit. 34. thes. 45.* Lautterbach *ff. si quis omiss.*

caus.

caus. testam. &c. §. 1. proposuit ergo in suo Edicto legatarijs, fideicommissarijs, aliisque, queîs in testamento aliquid est relictum, actionem in factum, quæ & Actio *legatorum* passim nuncupatur, *l. 1. §. final. l. 6. §. 8. l. 12. §. 1. l. 24. ff. dict. tit.* Wesenbecius verò *ff. eod. n. 2.* eam vocat utilem ex testamento.

2 Describi potest hæc actio, quòd sit Prætoria in factum, personalis, rei persecutoria, perpetua; *l. 1. l. 12. §. 1. ff. si quis omiss. caus. testam. &c.* causa ejus remota, saltem instrumentalis, est dolosa dispositionis testamentariæ, in præjudicium legatariorum attentata repudiatio, *l. nec id iniquum, ff. eod.* proxima est obligatio.

3 Subjectum activum constituunt personæ, quibus in testamento aliquid, sive directè, sive per fideicommissum est relictum, horúmque hæredes. *l. 2. ff. si quis omiss. caus. testam.* & *l. ult. Cod. eod.* Subjectum verò passivum illi sunt, qui ad circumscribendos legatarios & fideicommissarios omiserunt causam testamenti, & hæreditatem quasi ab intestato possident, quales sunt hæredes legitimi & bonorum possessores; 1. igitur adversùs hos directa conceditur actio, *l. 1. §. 9. l. 2. l. 13. l. 16. ff. cit. tit.* & si plures sint, contra singulos pro partibus; *l. 10. l. 18. ff. eod.* 2. porrigitur adversùs legatarium, à quo fideicommissum erat relictum. *l. 4. §. 2. ff. si quis omiss. caus. testam. &c.* 3. adversùs omnem fraudis cum hærede participem. *l. 6. §. 8. l. 27. §. 2. ff. & l. 1. Cod. eod.*

Ad hoc autem, ut hæc actio subnascatur, deposcitur 1. ut hæres hæreditatem ex testamento adire potuerit, *l. 1. §. 2. ff. eod.* hinc si testamentum foret nullum, non potest dici, in fraudem id omisisse; *l. 2. Cod. dict. tit.* 2. exigitur, ut testator designato in testamento hæredi liberum non reliquerit arbitrium, utrùm ab intestato, vel ex testamento hæreditatem amplecti malit; *l. 1. §. 5 ff. si quis omiss. caus. testament. &c.* 3. requiritur, ut hoc præcisè in fraudem legatariorum hæres machinatus sit, *l. 1. § 10. l. 6. §. 8. ff. eod.* si enim justa subsit causa, cessat hæc actio, e. g. si ex justâ quis ignorantiâ hæreditatem ab intestato possideat, *l. 1. §. 4. ff. dict. tit.* aut Uxor in portione hæreditariâ, quæ statutariam non adæquat, foret instituta. conferatur Brunneman. *in l. 1. Cod. eod.* 4

Dubium est, an hæc actio protendatur adversùs eum, qui acceptâ pecuniâ in gratiam hæredis ab intestato, odiô tamen illorum, queîs aliquid fuit relictum, hæreditatem repudiavit? ℞. movendam esse actionem directam adversùs hæredem scriptum, *l. 1. §. fin. l. 2. §. ult. & l. 4. §. 1. ff. si quis omiss. caus. testam.* &c. si autem gratis omiserit, contra possessorem utilis conceditur actio, *per dictos text.* 5

Hinc suâ sponte sequitur, porrigi hanc actionem contra venditorem 6

hæreditatis, *l. 4. §. 3. ff. eod.* atque illum, qui conditionem poteſtativam in fraudem legatariorum non implevit, *l. 1. §. 8. ff. dict. tit.* ratio aſſignatur in textu, quia, ſi conditioni adſcriptæ non paret, teſtamentum deſtituitur. Poſtremò utilis hæc actio datur contra ſubſtitutum, à quo legata aut fideicommiſſa ſunt relicta; *l. 4. ff. & l. 1. Cod. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. &c. & ibid.* Brunneman. qui hanc actionem præ alijs ſuccinctè dilucidat. Adversùs hæredes hæc actio conceditur in ſolidum, *l. 12. §. 1. ff. eod.* niſi ex dolo defuncti moveatur, tunc enim in id ſolùm datur, quod ad eos pervenit; pariter ſi ex dolo tutoris pupillus conveniatur, in tantum obſtringitur, in quantum ei eſt acquiſita hæreditas. *l. 24. ff. dict. tit.* Oldendorp. *claſſ. 5. act. 15.* Lauterbach *ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. &c. §. 6.* Cùm autem hæc actio ſit rei perſecutoria, perpetua eſt. *dict. l. 12. §. 1. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. ab inteſt. vel alio modo poſſid. hæreditat.*

ACTIO

Edicti ex SCto Syllaniano, & Claudiano, ſive apertarum tabularum ante quæſtionem fam[illegible]

SUMMARIUM.

1. Adſtruitur præliminare.
2. Deſignantur requiſita.
3. Delineatur hæc actio, ejúſque ſubjectum activum, & paſſivum.

1 Altera ex hac Pandectarum parte defluens actio eſt Edicti ex SCto Syllaniano & Claudiano, quæ paſſim actio apertarum tabularum ante quæſtionem familiæ nuncupatur, cautum quippe erat in *dict. SCt.* quòd, ſi quis occiſo Domino, antequam quæſtio de familiâ (intellige, de Servis) quæ ſub eodem tecto, domo, aut loco Domino exclamanti auxilium ferre potuiſſet, habita fuerit, tabulas teſtamenti aperuerit, hæreditas ei tanquam indigno auferatur, ratio redditur *in l. 1. ff. de SCt. Sylian. & Claudian.* in verb. *cùm aliter nulla domus tuta eſſe poſſit* [illegible] *ſuæ cuſtodiam Dominis tam à domeſticis, quàm ab Extraneis præſtare* [illegible].

Ut quis verò ex hoc capite hæreditate privetur, expoſcitur 1. ut pri- 2

privandus sit major, minores enim ab hac privatione liberantur; *l. 6. ff. eod.* 2. ut auctores sceleris seu cædis appareant, si enim inveniri nequeunt, hæc pœna locum non habet: *l. 7. Cod. cit. tit.* hinc si testator ex insidijs & clanculariò modò sit oppressus, vel denique si alius accusandô prævenerit, hæc hæreditatis privatio cessat. *l. 10. Cod. de SCt. Syllan. & Claudian.* de qua te videatur Carpzovius *constit. Electoral. part. 3. constit. 26. definit. 8. n. 3.*

3 Prodita itaque ex hoc Edicto Prætoris adversùs Senatus consulto contravenientes est actio in factum Prætoria, personalis, pœnalis, popularis, cujus causa remota est de[illegible]aria videlicet tabularum te[illegible]m apertura, earúmve descriptio, aut recitatio, causa proxima est obligatio. Datur cuivis de populo, *l. 25. §. 2. ff. de S. to Syllan. & Claudian.* &c. adversùs illum, qui contra hoc Edictum peccavit, sive hæres ille fuerit, sive Extraneus, ad pœnam centum aureorum, inter actorem & fiscum dividendam, *dict. l. 25. §. 2. ff. cit. tit.* hoc tamen discrimine, quòd Extraneus solâ hac pœnâ, hæres verò præter eam etiam privatione hæreditatis mulctetur, nec enim Prætori sufficiens visa est ademptio hæreditatis, utpote per quam nihil de suo amittit, sed aliam præterea pœnam decrevit; videatur prolixè de hac actione discurrens Francisc. Duarenus *ff. de SCt. Syllan.* &c. *cap. 8.* Lauterbach *ff. eod. §. 7.* Notabile tamen est, quòd pœna privationis etiam ab hæredibus aperientis tabulas testamentarias exposci debeat, *l. 22. ff. eod.* ratio est, quia pœna est pecuniaria. Brunneman. *in dict. l. 22. ff. dict. tit.* & plures *ibid. relati.*

ACTIO

Personalis ex Testamento.

SUMMARIUM.

1. *[illegible] hujus actionis.*
2. *Definitur hæc actio.*
3. *Subijcitur subj[illegible] & passivum,*
4. *Simul & Objectum.*
5. *Quò tempore censeatur committi mora.*
6. *Satisfit Objectioni.*
7. *Diluitur altera objectio.*
8. *Quando in duplum detur.*
9. *Describitur simile remedium seu Condictio* ex l. Nulli 28. Cod. *de*

de Episcop. & Cleric.
10. Exponitur aliud remedium, adversùs hæredem fiduciarium competens.

1 TErtium in hac Digestorum parte locum occupat Actio personalis *ex testamento* ideò nuncupata, siquidem de jure veteri non nisi in testamento legata relinqui poterant; §. *10. Instit. de fideicommiss.* hodie verò per quamvis ultimam voluntatem ordinari possunt, ipsa verò obligatio non ex testamento, ultimæve voluntatis dispositione, sed ex quasi contractu & agnitione supremæ defuncti voluntatis enascitur; §. *5. Instit. de Oblig. quæ ex quasi contract. nasc.*

2 Est hæc actio personalis, civilis, rei persecutoria, & stricti juris, cujus causa remota est quasi contractus, agnitio nimirum ultimæ voluntatis à personâ oneratâ facta, qualis est aditio hæreditatis ab Extraneis, immixtio à suis, agnitio à legatarijs facta; causa proxima est obligatio, ex hoc quasi contractu resultans. vide latiùs deducentem Lauterbach *ff. de legat.* §. *43.*

3 Subjectum activum constituunt personæ, queîs hæc actio datur; conceditur verò legatarijs, & Jure novo fideicommissarijs particularibus; *l. 1. Cod. commun. de legat.* utilis autem datur donatario mortis causâ, si donatio in testamento, vel Codicillis est assignata. Anton. Perez. *Cod. de donat. mort. caus. n. 8.* Oldendorp. *de action. class. 5. act. 4.* Subjectum passivum sunt illi, adversùs quos hæc actio intentanda est; movetur verò adversùs hæredes, aliásve personas legatis oneratas, *dict. l. 1. Cod. commun. de legat.* quòd si plures sint, non in solidum, sed pro partibus hæreditarijs conveniendi sunt, *l. 44. ff. de legat. 2.* nec unus in locum desinentis esse solvendo hac actione pulsari potest, *l. 33. ff. eod.* nisi opus sit legatum. *l. 11. §. 23. ff. de legat. 3.*

Objectum hujus actionis sunt res legatæ, vel testamentô, aut aliâ supremâ voluntate donatæ. Præter rem verò hæc actio accessiones quoque persequitur, *l. 8. l. 24. §. 2. ff. de legat. 1.* non solùm illas, quæ ex ipsa re producuntur, ut in peculio, *l. 65. ff. de legat. 2. l. 8. §. 8. ff. de pecul.* in grege, armento, aut equitio, §. *18. Inst. de legat.* sed & illas, quæ factô Testatoris adijciuntur, e. g. si legatæ domui vicinum adjunxerit hortum, aut si domunculam, tanquam pertinens, ad legatam domum adstruxerit. *l. 8. l. 24. §. 2. ff. de legat. 1. l. 91. à §. 4. ff. de legat. 3.* & *ibid.* Bruneman. cum pluribus à se relatis. Non modò autem accessiones, sed etiam fructus & usuræ hac actione petuntur, ratio est, quoniam, etsi per se sit stricti Juris, hos ipsos tamen actionum bonæ fidei effectus sortitur. Brunem. *in l. 1. Cod. de usur. & fructib. legat.* 4

At non pauci ambigunt, à quô tempore usuræ & fructus peti possint? 5

sint? Remotis aliorum disputationibus, ℞. posse eos peti à tempore moræ; *l. 32. ff. de Usur. & fructib. l. 84. & l. 87. §. 1. ff. de legat. 2.* censetur autem mora committi non solùm per litis contestationem, *l. 1. & l. 2. Cod. de usur. & fruct. legat.* sed etiam per extrajudicialem interpellationem, si videlicet hæres adivit hæreditatē, & legatum à legatario est agnitum; ab hoc igitur tempore fructus & usuræ debentur, Anton. Faber *in Cod. lib. 6. tit. 26. definit. 1. à n. 10.* Carpzov. *part. 2. constit. 30. definit. 20.* Hartmann. Pistorius *observ. 116.* ex ratione, cum ab eo tempore hæres incipiat esse malæ fidei possessor, *l. 120. §. 2. ff. de legat. 1.* Tuldenus *in Cod. de usur. & fructib. legat.* adeóque ad omnes fructus, tam perceptos, quàm percipiendos adstringatur. *l. 39. §. 1. ff. de legat. 1.*

6 Dices: fructus debentur à tempore, quo legatarius fit legati Dominus, sed Dominus legati fit mox à tempore mortis, ergo etiam fructus ei debentur ex legato mox à tempore mortis, quoniam omne, quod ex re nascitur, Domino illius acquiritur. *l. 42. ff. de usur. & fruct.* ℞. à dominio ad fructus non semper concludere argumentum, quid enim, si ususfructus foret separatus à proprietate legatâ, vel res legata à bonæ fidei possessore possideretur? hinc hæres hac juris prærogativâ gaudet, quoniam, quamdiu non est interpellatus ad restituendum legatum, tamdiu est in bonâ fide, potéstque ignorare, an Legatarius legatum sit petiturus, ac per consequens fructus suos facit, *l. 32. ff. de usur. & fruct.* ad instar alterius bonæ fidei possessoris. *l. 48. ff. de acquir. rer. domin.*

Minùs resistit text. *in l. quæsitum est 40. ff. de acquir. rer. domin.* Sermo enim ibi est de hærede, qui post factam jam interpellationem scienter & malâ fide fructus percipit. Damnum quoque dolô vel culpâ datum persequitur hæc actio; *l. 1. Cod. commun. de legat.* præstat autem hæres, si commodum etiam sentiat, culpam levem, secùs si sit, de dolo solùm & culpâ latâ tenetur, *l. 108. §. 12. ff. de legat. 1.* Struvius *syntagm. Jur. Civil. exercit. 35. thes. 21.* Lautterbach *ff. de legat. §. 53.* casus verò fortuitus ei non imputatur, si res testatoris, sive scientis, sive ignorantis propria & specifica sit legata, ratio est, cùm legatum certæ speciei interitu perimatur, *l. 26. §. 1. l. 47. §. fin. ff. de legat. 1.* aliud est, si genus sit legatum. vide prolixiùs discurrentem Lautterbach *ff. de legat. §. 54.* 7

In simplum regulariter concepta hæc Actio, adeóque rei persecutoria est, per accidens tamen, & in casibus à Jure determinatis mixta est, & in duplum datur; 1. si legatum vel fideicommissum pio loco relictum est, & persona onerata illud exsolvere tamdiu distulerit, 8

lerit, donec in jus vocaretur, §. *19. & 26. Inſtit. de action.* aut extrajudicialiter ſaltem interpellaretur, arg. *l. 88. ff. de R. I.* 2. ſi temerariè legatum ſit inficiatus hæres, ſive is, à quo legatum relictum eſt, dolosúmque mendacium ante litis conteſtationem non revocaverit; *cit. §. 26. Inſtit. de Action.* Quin de jure novo, ſi talis à Magiſtratu denuò fuerit admonitus, ut legata pia exſolvat, ejúsque admonitioni non obtemperaverit, omni ſucceſſionis emolumento privatur. *Novell. 131. cap. 12.* Perpetua eſt hæc Actio, atque cum rei vindicatione concurrit electivè, *l. 84. ff. de legat. 1.* cum actione verò hypothecaria cumulativè, potéſtque in libello petere legatarius, ut aut res legata ei præſtetur, aut in bona defuncti immittatur. *l. 1. Cod. commun. de legat.* Mynſinger *obſervat. Centur. 1. obſerv. 58.* Gaill. *lib. 1. obſerv. 62.*

9 Haud abſimile remedium, ſeu potiùs Condictio *in l. Nulli 28. Cod. de Epiſcop. & Cleric.* prodita eſt, quâ conveniuntur executores diſpoſitionum ad pias cauſas; deſcribi poteſt, eſſe actionem perſonalem, Civilem, rei perſecutoriam, popularem, quæ datur cuivis de populo, præhabitis tamen illis, quorum præcipuè intereſt, quales ſunt Legatarij pauperes, Eccleſiæ, vel loci Epiſcopus, adversùs executores piarum diſpoſitionum, ad hoc, ut piam defuncti voluntatem exequantur. videatur Haerſolte *in adverſar. de Action. part. 5. Act. 5.*

Præterea cùm in caſu, quô du- 10
bitatur, utrùm Lex Falcidia locum obtineat, vel non (quod dubium conſurgere poteſt, vel quando legata ſunt conditionalia & ab incerto pendentia eventu, vel ob latens æs alienum, vel denique quando vires hæreditariæ nondum ſunt cognitæ) ſolventi integra legata cautio ſit præſtanda à legatarijs, quòd, ſi exinde liqueat, plus eos, quàm per Legem Falcidiam licuit, accepiſſe, illud reſtituturi ſint, *l. 1. ff. ſi cui plus, quàm per l. falcid. licuerit, legat. eſſe dic.* ſubnaſcitur ob factam iſtam cautionem hæredi vel etiam Legatario, à quo fideicommiſſum eſt relictum, actio ex ſtipulatu ad repetendum id, quod ultra normam Legis Falcidiæ eſt exſolutum. Poſtremò denique aliud occurrit remedium ſeu officium Judicis, quô hæres fiduciarius, ſi hæreditatem in præjudicium fideicommiſſarij adire recuſat, compelli poteſt, ut periculô fideicommiſſarij eam adeat. *l. 4. l. cogi 16. §. generaliter ff. ad SCt. Trebellian.* vide Gloſſ. *in dict. l. 4.* & Brunnemann. hanc materiam dilucidè exponentem; Lautterbach. *ff. ad SCt. Trebellian. §. 21.*

ACTIO

Ex stipulatu de restituendo eo, quod ex hæreditate superfuerit.

SUMMARIUM.

1. Figuratur casus, ex quo hæc Actio enascitur, additúrque ejus descriptio.

2. Subjicitur alia Cautio, & inde defluens Actio, quibúsque casibus hæc Cautio cesset.

1 IN quartum succedit locum Actio *ex stipulatu de restituendo eo, quod ex hæreditate superfuerit*, constituit enim Justinianus Imperator in *Novell. 108. cap. 1.* indéque desumptâ *Authent. Contra Cod. ad SCt. Trebellian.* quòd, si quis hæres testamentô sit designatus, atque rogatus, ut, quidquid ex hæreditate superfuerit, Titio v. gr. restituat, dodrantem equidem hæres fiduciarius taliter in testamento designatus possit consumere, quadrantem tamen illibatum conservare teneatur fideicommissario, simul ac adstringatur hujus nomine sufficientem præstituere cautionem. Peregrin. *de fideicommiss. artic. 40.* Carpzov. *part. 3. constit. 8. definit. 37.* Lautterbach. *ff. ad SCt. Trebellian. § 22.* Suboritur autem ex hac cautione Actio ex stipulatu, quæ competit hæredi fideicommissario & ejus hæredibus, adversùs fiduciarium & ejus hæredes, ad persequendum hunc quadrantem sive quartam, duratque perpetuò; adversùs tertium verò, in quem hæc quarta fuit alienata, actio quoque hypothecaria competit. Videatur Brunnemann. *in cit. Authent. Contra Cod. ad SCtum Trebellian.*

Similis ferè Cautio & inde defluens Actio est, quâ hæres testamento institutus securos reddit illos, queîs sub conditione, vel sub die, vel etiam purè aliquid est relictum, seu illud sit fideicommissum, seu legatum. *l. 1. ff. ut legator. vel fideicom. servand. caus. &c.* Cavet ergo hæres datis fidejussoribûs, se relicta præstiturum, dolúmque malum abfuturum esse; causa hujus cautionis est favor ultimarum voluntatum, ut illibatæ conserventur, quæ enim relicta sunt sub die, aut sub conditione, ante ejus adventum dilapidationis periculo substant, de legatis verò & fideicommissis purè factis facilè lis exardescere potest, eâque durante hæres solvendo 2

 do

do esse potest] desinere. *l. 2. Cod. ut legat. vel fideicom. &c.* Præstatur hæc cautio universaliter omnibus, per legatum aut fideicommissum quôvis modô honoratis, ab hæredibus, eorúmque substitutis, aut successoribus, *l. 13. ff. qui satisdar. cogant. &c. l. 1. §. 3. l. 14. ff. ut legat. vel fideicomm. servand. caus. &c. l. 4. Cod. eod.* exoritúrque inde Actio ex stipulatu. *l. 10. ff. eod.* Sunt tamen complures casus, queîs hæc cautio cessat, quos inter numeratur 1. si ejus sit facta remissio; *l. 12. & l. 18. ff. dict. tit.* 2. si certum sit legata esse nulla, *l. 14. §. 1. ff. eod.* aut hæres paratus sit luculenter ostendere, ex dispositione nihil deberi. *l. 3. ff. ut legat. aut fideicom. &c.* 3. si fiscus sit successor, *l. 1. §. 18. ff. eod.* hic enim indistinctè solvendo esse præsumitur, *l. 2. §. 1. ff. de fund. dotal.* 4. idem est asserendum, si Respublica sit hæres. *l. 6. §. 1. ff. ut legat. vel fideicom. &c.*

SECTIO

SECTIO SEXTA.

De Actionibus, ex Sexta Pandectarum parte profluentibus.

IN hac Sexta Digestorum parte Arnoldus ab Hærsolte, qui in expositione actionum forensium hunc ipsum ordinem Pandectarum imitatus est, inter actiones fermè omnes bonorum possessionum species, quarum sedes in hac ipsa sextâ parte solidatur, primô locô recenset; liquet autem ex alijs juris principijs, quòd bonorum possessiones solummodò sint causæ actionum, in *petitorio* quidem petitionis hæreditatis *bonorum possessoria*, in *possessorio* verò interdicti *quorum bonorum*, *l. 1. §. 1. ff. quorum bonor.* de quo suô locô plura. Eam ob rem materiam bonorum possessionum, quam in meis *Quæst. Juridic. de Successionib. ab intestat.* pleniùs explicavi, in hoc tractatu deducere omittô. Bonorum possessiones proximè subsequeretur materia ingratitudinis, ob quam à libertis adversùs Patronos commissam actione *ingrati* illi denuò ab his in servitutem reducuntur, quò collimat *l. 1. Cod. de libert. & eorum liber.* quoniam verò hæc actio *ingrati* varijs ex capitibus, & in specie in materiâ de revocandis donationibus, alijsque consimilibus contingentijs indulgetur, brevitatis studiô, & ut materiæ ejusdem generis unô explanentur compendiô, eam ad Titulum *de Donationib.* differendam opinatus sum, condictionem *ex moribus*, concessam pro operis subditorum ad superiùs jam tradita referens.

ACTIO

Faviana.

SUMMARIUM.

1. *Ostenditur casus, & definitio Actionis Favianæ superadditur.*
2. *Subjicitur ejus subjectum.*
3. *Simul ac objectum.*

1 PRimô ergo hujus Sextæ Pandectarum partis locô dilucidare Actionem Favianam aggredior, pro cujus uberiori notitiâ adverte, quòd olim Patroni libertis, sine liberis decedentibus, in tertiam bonorum partem successerint; §. 3. *Inst. de succession. libert. l. 1. ff. si quid in fraud. Patron. &c.* si ergo libertus aliquis per actum vel dispositionem supremæ voluntatis in fraudem Patroni tantum alienaverit, ut portione suâ, tertiâ nimirùm bonorum parte, Patronus defraudaretur, præstituta erat Actio Faviana, quæ est Prætoria, personalis, rei persecutoria, arbitraria, in rem scripta, perpetua, cujus causa remota est delictum (etsi alij æquitatem adstruant) fraudulenta videlicet alienatio in fraudem Patroni facta, proxima est obligatio.

2 Subjectum hujus actionis activum constituit Patronus, & ejus hæredes. *l. 1. §. 26. l. 5. §. 1. ff. si quid in fraud. Patron.* Subjectum verò passivum ille efformat, in quem res à liberto in fraudem Patroni per actum ultimæ voluntatis sunt alienatæ, sive is sit bonæ, sive malæ fidei possessor; *l. 1. §. 4. & 5. 11. ff. eod.* Oldendorp. *de Action. part. 6. action. 2.* quòdsi verò plures sint, in quos alienatio bonorum taliter est facta, contra singulos in partes æquales actio Faviana porrigitur. *l. 1. §. 11. ff. si quid in fraud. Patron.*

Objectum actionis Favianæ sunt res à liberto in Patroni fraudem alienatæ, persequitúrque illa harum rerum restitutionem, pro parte bonorum Patrono debita, *l. 1. Cod. si quid in fraud. Patron.* cum omnibus accessionibus & fructibus, tam ante, quàm post litis contestationem perceptis, *l. 2. ff. eod.* quòdsi verò hac actione conventus restituere bona recuset, tanti damnabitur, quanti actor in litem juraverit. *l. 5. §. 1. ff. dict. tit.* perpetuam hæc actio vitam obtinet, quia rei persecutoria est. *l. 3. §. 1. ff. eod.* 3

ACTIO

Calvisiana.

SUMMARIUM.

1. *Definitur actio Calvisiana.*
2. *Declaratur ejus subjectum & objectum.*
3. *Quo casu detur utilis hæc actio.*

1 ACtionem Favianam subsequitur altera, quæ *Calvisiana* dicitur, estque pariter actio Prætoria, personalis, rei persecutoria, arbitraria, in rem scripta, cujus causa remota non minùs ac actionis Favianæ est dolosa in fraudem Patroni bonorum alienatio, non tamen per actus supremæ voluntatis, quemadmodum in præcedenti actione dictum est, sed per actus inter vivos facta, causa proxima est obligatio; distat autem hæc actio Calvisiana à priori ulteriùs in eo, quòd in hac dolus ab allegante probari debeat, secus autem est in illa. *l. 1. §. 4. & 12. ff. si quid in fraud Patron.*

2 Subjectum hujus actionis Calvisianæ idem est, quod præcedentis, datur quippe Patrono, & ejus hæredibus, adversùs illos, in quos per actum inter vivos res sunt alienatæ, persequitúrque earum pariter restitutionem, pro portione Patrono debita, cum omnibus accessionibus & fructibus, quemadmodum actio prior; casu verò, quô dolus ab allegante probatus non est, quemadmodum quando libertus amicis quid donavit, aut filiæ dotem assignavit, *l. 1. §. 40. ff. si quid in fraud. Patron.* aut si Patronus in alienationem consensit, *l. 11. ff. eod.* hæc actio locum non obtinet.

Utiles hæ actiones conceduntur 3 impuberi arrogato, quando arrogans aliquid in fraudem quartæ, ei per constitutionem D. Pij concessæ, alienavit. *l. final. ff. si quid in fraud. Patron.* ibique Gloss. & Brunneman. qui eas quoque applicat ad revocanda ea, quæ etiam titulô onerosô in fraudem legitimæ sunt alienata.

ACTIO

ACTIO

In factum de novi operis nuntiatione.

SUMMARIUM.

1. *Annotantur remedia de novi operis nuntiatione.*
2. *Describitur actio inde descendens, ejúsque subjectum.*
3. *Attingitur ejus objectum.*
4. *Quid, si invitô Domino quid exstruatur.*
5. *Subjicitur alterum remedium.*

1 IN tertium locum succedit Interdictum restitutorium & prohibitorium, seu potiùs actiones in factū de novi operis nuntiatione. Præstituuntur hæc remedia seu interdicta *in l. 20. & §§. seqq. ff. de novi oper. nuntiat.* & quidem, quando facta est legitimè novi operis nuntiatio, nec tamen ejus effectus modô quovis à jure concesso secutus est, sed is, cui novum opus nuntiatum est, in ædificando pergit, proditum est hoc interdictum restitutorium, seu, ut alij vocant, demolitorium. *l. 20. ff. dict. tit.* Lauterbach *ff. de novi oper. nuntiat. §. 50.* Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 39. thes. 11. ibique* Petr. Myller. *in not.*

2 Actio verò inde promanans est in factum prætoria, personalis, in rem scripta, ex parte actoris rei persecutoria, ex parte verò rei conventi pœnalis, cujus causa remota est delictum, continuata videlicet contra prohibitionem & legitimè factam novi operis nuntiationem ædificatio, proxima est obligatio; datur novum opus nuntianti, & ejus hæredibus ratione ædificij vivô nuntiante constructi, atque etiam ejus successoribus, *l. 2. §. 6. ff. de novi oper. nuntiat.* protenditur contra illum, cui novum opus est nuntiatum, quique post prohibitionem opus fuit prosecutus, ejúsque hæredes, *l. 8. §. final. l. 20. §. 8. ff. eod.* atque successores singulares. *l. final. ff. dict. tit.*

Competit ad opus, quod post ritè factam nuntiationem est exstructum, demoliendum, sive dein illud jure, sive injuriâ fuerit ædificatum, 3 *l. 1. §. 7. l. 20. §. 10. l. 21. §. 1. ff. de novi oper. nuntiat.* vel ad præstandum interesse, si nuntians eodem sit contentus; *l. 20. §. 1. ff. eod.* est ergo respectu rei conventi hoc interdictum pœnale, quoniam proprijs sumptibus obstringitur destruere opus; *l. unic. Cod. eod.* secùs est respectu ejus hæredum & reliquorum successorum, cùm enim hi in pœnam non succedant, destructionis sumptus non solvunt, sed solummodò patientiam præstan-

ſtant. *l. 20. §. 8. ff. de novi oper. nuntiat.*

4 Quæ aſſertio locum quoque habet in caſu, quô Dominô invitô aliquid eſt exſtructum; ſi enim opifices factæ legitimè nuntiationi non obtemperârunt, neque eam Domino renuntiârunt, ſed opus contumaciter continuârunt, expenſas exſolvere tenentur. Interdictum hoc eſt perpetuum, *l. 20. §. 6. ff. eod.* hodie verò de praxi plerumque decernuntur mandata demolitoria, inhibitoria, & reſtitutoria ſine clauſula. Gaill. *lib. 1. obſerv. 16.* Klock. *relat. 40.* & alij relati ab Adamo Lautterbach *ff. de novi oper. nuntiat. §. 31.*

5 Alterum interdictum eſt prohibitorium, quando enim nuntians intra præfixum tempus jus ſuum non oſtenderit, aut ei à nuntiato ſufficiens cautio ſit facta, quam tamen acceptare recuſat, atque ædificantem impedire nihilominùs pergit, eô caſu conceſſa eſt actio in factum Prætoria, perſonalis, ex parte Actoris rei perſecutoria, ex parte verò rei pœnalis, cujus cauſa remota eſt pariter delictum, invidioſum ſcilicet impedimentum, per quod ædificans in ſuo opere turbatur, proxima eſt obligatio, datur nuntiato & ejus hæredibus, aliisque ſucceſſoribus, *l. 20. §. fin. ff. de novi oper. nuntiat.* adversùs prohibentem & turbantem, ad hoc, ut à turbatione deſiſtat, & intactam relinquat ædificandi facultatem; conceditur hoc interdictum etiam poſt annum. videatur Haerſolte *in adverſar. de Action. part. 6. act. 22. in fin.*

ACTIO

In factum, adverſus non caventes de damno infecto, aut immiſſionem non admittentes, & quæ contra Magiſtratus, cautionem non procurantes, conceditur.

SUMMARIUM.

1. *Attinguntur in genere Remedia de damnô infecto.*
2. *Deſcribitur actio in factum, contra non caventes, aut immiſſionem non admittentes conceſſa.*
3. *Additur altera actio, quæ contra Magiſtratus cautionem non procurantes conceditur.*

1 QUartum locum ſortiuntur actiones in factum, adversùs non caventes de damno infectô, aut immiſſionem non admittentes,

vel denique contra Magiſtratus cautionem eô nomine procurare negligentes introductæ; liquet enim ex *Titulo Digeſt. de damn. infect.* quòd caſu, quo ex ſuggrundijs, protectionibus, moenianis, ſolarijs, aliisve ædificijs ruinoſis damnum pertimeſcimus, poſſimus à Domino, aliisque talium, ruinam intentantium ædificiorum poſſeſſoribus cautionem de damno infecto, ſi verò eam præſtare renuant, miſſionem in poſſeſſionem ex primo & ſecundo Decreto petere.

2 Quòdſi poſtremò & cavere recuſent, & immiſſionem non admittant, præſtituta eſt actio in factum Prætoria, perſonalis, rei perſecutoria, *l. 4. §. 7. l. 15. §. fin. l. 18. §. penult. ff. de damn. infect.* cauſa ejus remota eſt ſingularis à Prætore attenta æquitas, ſuffecta quippe hæc actio eſt in locum actionis ex ſtipulatu, proxima eſt obligatio; datur ei, cui damnum ex tali opere ruinoſo obtigit, & ejus hæredibus, aliisque ſucceſſoribus ſingularibus, *l. 17. §. 3. l. 24. §. 1. ff. eod.* adversùs illum, qui cavere eo nomine recuſavit, aut immiſſionem petitam non admiſit, ejúsque hæredes, & cœteros ſucceſſores ſingulares, *cit. l. 17. §. 3. ff. dict. tit.* Struvius *ſyntagm. jur. Civil. exercit. 39. theſ. 25.* Lautterbach *ff. de damn. infect. §. 23.* ad damnum datum reſarciendum, quanti eo tempore, quô damnum illud obtigit, æſtimabatur; *l. 15. §. fin. ff. de damn. infect.* éſtque perpetua, quia rei perſecutoria. *cit. l. 17. §. 3. ff. dict. tit.*

Altera hujus Edicti actio eſt, quâ negligens Magiſtratus hoc nomine convenitur; quando itaque poſtulata eſt cautio de damnô infectô, aut immiſſio in poſſeſſionem, Magiſtratus verò in morâ fuit, atque hoc ſuper petito juſtitiam non adminiſtravit, prodita eſt actio in factum Prætoria, perſonalis, rei perſecutoria ſaltem ex parte Actoris; cauſa ejus remota eſt delictum, Caſtrenſis *in l. 4. §. 10. ff. de damn. infect.* cauſa proxima eſt obligatio. Datur ei, cui ab opere aut ædificiô ruinoſô damnum obtigit, & ejus hæredi, *dict. l. 4. §. 10. ff. eod.* adversùs Magiſtratum, quin & adversùs ejus hæredem, per apertum tenorem *allegat. l. 4. §. 10. ff. de damn. infect.* Haerſolte *in adverſar. de Action. part. 6. act. 24.* Lautterbach *ff. de damn. infect. §. 30.* Brunneman. *in dict. l. 4. §. 10. ff. eod.* quod planè mirum videri debet, ex triplici ratione, 1. quòd naſcatur ex delicto, ex quibus provenientes actiones non niſi lite conteſtatâ ad hæredes pertingunt; 2. quòd ex parte rei conventi ſit pœnalis, & poſtremò, quòd habeat ſpeciem actionis de ſyndicatu, quæ ad hæredes Magiſtratûs non protenditur; Brunnemann. juxta mentem Bartoli *in l. 4. cit.* arbitratur, aut debere eſſe aliquid ſingulare in caſu denegatæ Juſtitiæ, aut *cit. §. 10.* eſſe mendoſū: Bartolus verò in *l. 15. ff. de Judic.* 3

dic. n. 91. existimat, actiones ex delictis omissionis transire ad hæredes. Datur hæc actio ad præstandum id, quanti ea res est, cujus damni infecti nomine cautum non est. *l. 4. §. 7. ff. de damn. infect.*

ACTIO

De Aquâ & aquâ pluviâ arcendâ.

SUMMARIUM.

1. *Quando habeat locum hac Actio;*
2. *Subjicitur ejus definitio.*
3. *Recensentur requisita.*
4. *Cui competat,*
5. *Adversùs quem porrigatur.*
6. *Persequitur objectum.*
7. *Quibus casibus cesset.*

1 QUintam in hac Digestorum parte stationem obtinet Actio de Aquâ & aquâ pluviâ arcendâ; vocatur autem aqua pluvia, quæ cœlô defluit, atque imbre excrescit, sive deinde per se aqua pluvia, sive cum aliâ obsit, ut loquitur Ulpianus in *l. 1. ff. de aquâ, & aquâ pluv. arcend.* imbre verò aqua excrescere dicitur, quæ colorem mutat, vel increscit. *l. 1. §. 16. ff. eod.* Casu igitur, quô quis opus molitur, vel structuram instaurat, per quam aqua increscit, atque aliter fluit, quàm per æstatem solet, aut agris damnum infert, consulitur hac actione talia damna pertimescentibus.

2 Est ergo actio Civilis, cùm sit vetustissima, & quidem ex L. L. XII. Tabularum prodita, quemadmodum desumitur ex *l. 21. ff. de stat. liber.* atque attestatur Vincentius Gravina *de Origine Jur. fol. mihi 308.* Lautterbach *ff. de aquâ & aquâ pluv. &c. §. 4.* Bacchov. *ad Treutler. vol. 2. disput. 18. thes. 7. litt. B.* vocaturque legitima *in l. 22. §. fin. ff. hic.* personalis, *l. 6. §. 5. ff. eod.* causa enim remota est factum hominis, quô quid est contra jus exstructum, adeóque delictum, causa proxima est obligatio; est tamen in rem scripta, quoniam porrigitur adversùs quosvis possessores agri vel fundi, in quô opus est factum. *l. 6. §. 4. l. 12. & l. 16. ff. de aquâ & aquâ pluv. arcend.*

Ut verò hæc Actio locum sibi vendicet, deposcitur 1. ut opus sit manu factum, ex quo damnum timetur; toties ergo locum habet 3

hæc actio, quoties manufactô opere aqua agro nocitura est, ut ait Ulpianus *in l. 1. §. 1. ff. eod.* quod contingit, si per opus aqua in agrum avertatur, aut major, citatior, atque vehementior efficiatur, ita ut damnum sit timendum. *l. 11. §. 3. l. 14. §. 2. ff. de aq. & aq. pluv. &c.* David Mævius *part. 9. decis. 119. n. 9.* hinc liquet, ex opere destructo hanc actionem regulariter non concedi, aqua enim pluvia ad inferiorem agrum aliter non pervenit, quàm naturaliter, nisi opere sublato majori impetu defluat, aut omninò corrivetur, tunc enim hanc actionem movere quis non prohibetur; *l. 1. §. 22. ff. eod.* Brunnem. *ibid.* David Mævius *dict. part. 9. decis. 119. num. 8.* Lautterbach *ff. hic §. 6.* eapropter si naturalis agger terræ motu aut intemperie mutetur, directa hæc actio non datur, *l. 2. §. 5. ff. eod.* danda tamen est facultas restituendi aggerem in fundô vicini, *cit. l. 2. §. 5. ff. dict. tit.* ex Regulâ inibi datâ, quod mihi prodest, & alteri non nocet, est concedendum. Exigitur 2. ut opus instauretur in locô privatô, *l. 18. ff. de aquâ & aq. pluv. arcend.* si enim in locô publicô, sive profanô, sive sacrô sit exstructum, cessat hæc Actio, *l. 3. §. 3. ff. eod.* ratio est, quia hac actione solus Dominus est obstrictus. 3. deposcitur, ut in locô rusticô, agris nimirùm vel pratis opus fiat, quando enim aqua nocitura est ædificijs, conceditur actio negatoria de stillicidijs, aut fluminibus. *l. 1. §. 19. ff. dict. tit.* 4. oportet hoc opus privata esse factum auctoritate, si enim auctoritate publica sit imperatum, pariter cessat hæc actio. *l. 2. §. 3. & l. 23. ff. de aq. & aq. pluv. arc.* 5. ut factum sit vicinô, vel eô, cui aqua est obfutura, ignorante & invitô, per assertum Pomponij *in l. 19. ff. eod.* nisi per errorem sit deceptus, errantis namque nulla est voluntas, ut ait idem Pomponius *in l. 20. ff. dict. tit.* Postremò exigitur, ne opus agri colendi gratiâ sit eductum. *l. 1. §. 3. §. 8. & 15. ff. eod.*

4 Subjectum hujus actionis activum constituit Dominus agri, cui aqua damnum intentat, *l. 6. §. 4. ff. de aq. & aq. pluv. arcend.* atque is, qui tempore movendæ actionis est fundi possessor, est enim actio in rem scripta, quæ quemlibet possessorem comitatur. *l. 6. §. 4. l. 12. l. 16. ff. hic*; conceditur & horum hæredibus. *l. 22. ff. eod.* Plures si sint Domini, cuivis pro parte damni indulgetur hæc actio, *l. 6. §. 1. ff. hic*, hinc extinguitur actio, si unus adversùs unum ex socijs egerit, & obtinuerit. *l. 11. §. 1. ff. eod.* Utilis verò actio, & non directa conceditur Usufructuario, non modò contra vicinum, sed & adversùs Dominum; majori ratione Emphyteutæ quoque, Vasallo, & Superficiario competit, utpote fortius jus, quàm Usufructuarius, habentibus.

Sub-

5 Subjectum passivum pariter constituunt soli Domini fundorum, in quibus opus est exstructum; datur itaque adversùs Dominum, cujus Procurator vel Colonus, eô ignorante, opus fecit, *l. 4. §. fin. & l. 5. ff. hic.* contrà ipsum Procuratorem verò vel Colonum, ignorante Dominô opus exstruentes, datur interdictum *quod vi aut clàm, dict. l. 4. §. penult. ff. eod.* ad opus destruendum, & damnum resarciendum, obstringitur tamen Dominus patientiam præstare, ut opus destruatur. *dict. §. penult. ff. cit. tit.* Ille verò, adversùs quem hæc actio est mota, quamvis sit paratus locum, in quo opus quiescit, cedere, non tamen liberatur, *l. 7. ff. hic,* rationem dat post Gloss. Bartolus in *cit. l. 7.* qui enim convenitur ex suô factô, cedendô rem non liberatur, secùs si ratione rei conveniatur, hinc bonæ fidei emptor, donatarius, vel legatarius cessionem offerendô hanc actionem à se amoliri possunt, *l. 7. §. 1. ff. de aq. & aq. pluv. arcend.* quoniam, quemadmodum conveniuntur ratione rei, ita ad solam patientiam præstandam compelli possunt. Struvius *Syntagm. Jur. civil. exercit. 39. thes. 32.* ibíque Petrus Myller. *in not.* videatur prolixè hac de re discurrens Bartolus *in dict. l. 7. ff. de aquâ, & aquâ pluv. arcend.* Si plures sint fundi, in quô opus est factum, Domini, contra omnes porrigitur pro parte damni dati; *l. 6. §. 1. ff. hic.* Contra illos verò, qui jus inferius habent, utilis conceditur actio, quales sunt Usufructuarij, Emphyteutæ, Vasalli, Superficiarij, *l. 22. §. fin. ff. eod.*

Objectum hujus actionis est operis destructio, & pristinæ formæ in eum statum restitutio, ut aqua fluat, sicut ante exstructionem operis fluere solita est, sumptuúmque, qui ad destructionem exposcuntur, refusio, *l. 4. §. 2. l. 6. §. 6. l. 11. §. 2. ff. hic,* si ipse opus struxit, vel strui curavit, aut denique ratum habuit, *dict. l. 4. §. 2. ff. eod.* secùs si nec fecit, nec in illius exstructionem consensit, tunc enim ad solam patientiam præstandam obligatur, ut actor suis sumptibûs destruat, quos tamen subinde per interdictum quod vi aut clàm recuperare potest actor ab illo, qui opus fecit. Bartolus & Castrensis in *cit. l. 4. ff. de aq. & aq. pluv. arcend.* Casu verò, quô reus conventus ad destructionem est condemnatus, nec sententiæ paret, datur contra illum actio in factum ad totum interesse. *l. 24. §. 2. ff. eod.* Cœterùm persequitur hæc actio etiam damnum, quod post litis contestationem obtigit, *l. 6. §. 6. ff. cit. tit.* secus quod datum est ante litis contestationem, *l. 14. §. 3. ff. eod.* illud enim reparatur per interdictum quod vi aut clàm. 6

Porrò hæc actio cessat 1. si non sit aqua pluvialis, *l. 1. ff. hic.* 2. si aqua ex naturâ loci etiam non factô opere noceat. *l. 1. §. 14. ff. eod.* 3. si ad suam utilitatem opus aliquod solidavit, tametsi alteri aquam adimat. 4. si opus sit agri colendi cau- 7

sâ exstructum. *cit. l. 1. §. 3. ff. dict. tit.* 5. si vetustas operis hominum memoriam excedat, *l. 20. ff. hic.* de quibus omnibus modîs cessantis hujus actionis videatur Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 39. thes. 33.*

ACTIO

Ex Edicto contra Publicanos.

SUMMARIUM.

1. Describitur Natura Publicanorum.
2. Qualis sit ista Actio.
3. Cui, & contra quem detur.
4. Sequitur objectum.

1 SExta est Actio ex Edicto contra Publicanos. Vectigalia instituta sunt tum ad augendum Reipublicæ ærarium, tum ad securitatem migrantium, tum denique & quidem præcipuè ad comerciorũ conservationem, adeóque ob *publicam* necessitatem, hinc eorũ conductores, quin & omnes publicorum obventuum ac redituum conductores dicuntur *Publicani*, Cammer: und Ambts-Pachter. videatur Petrus Myllerus *in Struvium Syntagm. Jur. Civil. exercit. 39. thes. 35.* sunt autem in duplici differentia; alij enim Publicani dicuntur, quia publicos reditus & vectigalia percipiunt, alij demum, quia vectigalia pendunt ex fundis publicis, vectigalibus, eorúmque fructibus naturalibus, quæ vectigalium pensio in certa parte fructuum consistit; *l. 1. §. 1. ff. de Publican. & vectigal.* Petr. Myllerus *dict. loc.* priorum indolem graphicè describit Ulpianus *in l. 12. ff. eod.* afferendô: *quanta audacia, quanta temeritatis sint Publicanorum factiones, nemo est, qui nesciat.*

Ad hanc Publicanorum insolentiam compescendam Prætor Edictum, & ex eo actionem proposuit, 2 quæ est personalis, Prætoria, mixta, sive partim rei persecutoria, partim pœnalis, intra annum in duplum, post annum in simplum, *l. 1. §. 4.* & *l. 12. ff. hic*, perpetua, cujus causa remota est delictum, quô damnum à Publicanis est datum; designat autem Ulpianus *in l. 1. ff. de Publican. &c.* quatuor modos, queîs damnum hoc contingere potest, furtô scilicet, rapinâ, damnô injuriâ datô, & illicitâ exactione; causa proxima est obligatio, quemadmodum in omnibus alijs actionibus personalibus.

Datur igitur hæc actio omnibus 3
per-

personis, quæ læsæ vel injuriâ affectæ sunt, *l. 9. §. 5. ff. de Publican. &c.* harúmque hæredibus, *l. 13. §. fin. ff. eod.* contra Publicanos, qui damnum dederunt per se ipsos, vel suam familiam, id est, per suos servos, liberos, aut alios, qui eis famulantur. *l. 1. §. 5. ff. cit. tit.* Plures si sint, quivis pro suâ parte adstringitur; *l. 6. ff. de Publican.* casu verò, quô totum ab unô haberi nequit, id à cœteris est supplendum; *allegat. l. 6. & l 46. §. fin. ff. de Jur. fisc.* quin Adamus Lauterbach *ff. hic* §. 7. hanc actionem quoque admittit adversùs Publicanorum fidejussores, & horum approbatores, *argt. l. 4. §. 3. ff. de fidejuss. tutor. & curator.* contra hæredes verò Publicanorum non datur, nisi sint facti ditiores. *l. 4. ff. hoc tit.*

4 Objectum hujus actionis non est uniforme, si enim Publicani damnum dant per injuriam, furtum, aut rapinam, persequitur hæc actio intra annum duplum, post annum verò simplum. *l. 1. ff. de Publican.* si verò per violentiam aliquid sit extortum, ad quadruplum, si absque vi quid sit exactum, etiam ad duplum datur, *l. 9. §. 5. ff. eod.* duplo autem & quadruplo inest rei æstimatio. *l. 5. §. 1. & l. 9. § 5. ff. dict. tit.* Concurrunt cum hac actione electivè actiones ex ijs delictis descendentes, per quæ damnum est datum, quemadmodum sunt actiones furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & id genus aliæ; quod verò Publicanus indebitè solutum accepit, condictione indebiti recuperatur, *l. 16. §. fin. ff. hic*, subinde autem extraordinaria quoque persecutio, & pœna arbitraria locum habet.

ACTIO

Seu Condictio ad exigendam donationem.

SUMMARIUM.

1. *Definitur hæc condictio.*
2. *Adstruitur ejus subjectum, & objectum, quod persequitur, deducitur.*

1 SEptima succedit condictio ad exigendam donationem præstituta, est enim hodie donatio pactum legitimum, *l. 35. Cod. de donat.* ex quo nascitur hæc condictio, quæ est actio personalis, Civilis, rei persecutoria, stricti juris, perpetua, *l. 22. ff. de donat.* causa ejus remota, saltem instrumentalis, est donatio, proxima est obligatio.

Con-

2 Concessa est hæc condictio donatario & ejus hæredibus, contra donatorem, & ejus quoque hæredes; persequitur rem donatam, *l.35. §.3. & 4. Cod. de donat.* deductis tamen alimentis, §. *39. Instit. de action.* atque ære alieno, quod ex titulô onerosô donator debet, *l.12. ff.de donat.* non verò quod ex causâ lucrativâ alijs debet. Hilliger *in Donell. lib. 27. cap. 9. litt. KK.* Bruneman. *ad dict. l.12. ff. de donat.* usurarum & fructuum in hac actione non habetur ratio; *l. 9.§. 1. l. 11. & l. 22. ff. de donat.* quemadmodum autem mox post perfectam donationem moveri potest hæc actio, ita durat perpetuò. Oldendorp. *class. 4. action. 18.*

ACTIO
Ad revocandam donationem.

SUMMARIUM.

1. *Delineatur hac actio.*
2. *Ob quas causas revocetur.*
3. *Utrùm ob alias, quàm quæ sunt expressæ in* l. fin. Cod. de revoc. donat.
4. *Cui detur, & an etiam Matri?*
5. *Hæredibus non datur,*
6. *Nisi lis sit à defuncto mota.*
7. *An, si hæres ignoravit,*
8. *Contra quem detur.*
9. *Quodnam sit ejus objectum.*

1 OCtavum in locum venit actio, quæ impertita est ad revocandam donationem, ob delictum à donatario adversùs donantem perpetratum. Describi potest, quòd sit actio personalis, Civilis, pœnalis, cujus causa remota est delictum, *l. generaliter Cod. de revocand. donat.* proxima est obligatio. videantur relati à Lauterbach *ff. de donat.* §. *47.*

2 Quinque verò causæ seu delictorum species, ob quas donatio semel perfecta à donatore revocari potest, à Justiniano Imperatore in *dict. l. fin. Cod. de revoc. donat.* recensentur. Prima est atrox in donatorem effusa injuria; secunda est impiarum manuum donatori facta illatio, sive injuria realis absque legitimâ causâ irrogata, secùs foret, si Reipublicæ tuendæ, aut proximi defendendi causâ molitus quid fuisset donatarius. Tertia est, quando donatori jacturam omnium bonorum, vel magnæ eorum partis inferre attentat. Quarta, si periculum vitæ per se, vel per alium ci-

tra justam causam adornet. Postrema denique causa est, si conditioni, quae donationi adjecta est, non pareat.

3 Hinc dubium enascitur, utrùm ob similes, vel graviores causas donatio revocari possit? Affirmativam tuetur post alios Manz. *de donat. n. 58.* Julius Clarus *libr. 4. Sentent. §. donatio quaest. 21.* Gomez. *var. resolut. lib. 2. cap. 4. n. 14.* & specialiter Adamus Lautterbach *ff. de donat. §. 49.* ex ratione, quia particula taxativa similes & majores causas non excludit, per *text. ibid. allegat.* At mihi negativa juri & veritati theoricae conformior videtur, ratio est, quoniam, sicut Justinianus *in dict. l. generaliter Cod. de revocand. donat.* certas solummodò causas, ex quibus revocari donatio potest, determinare voluit, ita definitam praestituit Regulam, quòd donatio semel perfecta ampliùs revocari non debeat, cujus regulae exceptionem posteà subjicit quinque recensendo causas, ex quibus retractari illa possit, constat autem omnem exceptionem strictè accipiendam esse, & Regulam ab eâ in casibus non exceptis confirmari. *l. quaesitum 12. § idem respondet 43. ff. de instrum. & instruct. legat.* Hunnius *in Treutl. vol. poster. dispur. 20. thes. 7. quaest. 43.* Hartprecht *in §. 2. Instit. de donat.* Brunnemann. *in l. fin. Cod. de donat.* Tuldenus *in Cod. eod. n. 2.*

Conceditur haec actio omnibus donatoribus, excepta Matre ad secunda vota migrante, *l. 7. Cod. de revocand. donat.* quae olim donationem revocare non poterat, cùm hoc intuitu novi Mariti facere praesumeretur; quam prohibitionem temperavit Imperator *in Novell. 22. cap. 35.* & inde desumptâ *Authent. quod Mater Cod. de revocand. donat.* atque tres designavit causas, ob quas revocare possit; 1. si filius donatarius vitae Matris insidias struxerit, aut 2. protervas ei manus admoverit, vel 3. totius substantiae molitus fuerit interitum. 4

Haeredibus verò donantis non indulgetur haec actio, *l. fin. Cod. de revoc. donat.* collimat enim ad vindictam, quam in articulo mortis donator abolevisse censetur. *l. 1. Cod. eod.* Aliud est statuendum circa ultimam causam, si enim Lex & modus donationi appositus non sit à donatario impletus, potest in hoc casu agere haeres adversùs donatarium, ejusdémve haeredem, ut modo satisfaciat. Brunnem. *in d. l. ult. Cod. eod.* Lautterbach *ff. de donat. §. 50.* 5

Excipitur, nisi defunctus desuper in vivis jam sit conquestus, prout desumitur ex verbis final. *cit. l. ult. Cod. de revoc. donat.* tunc enim ad haeredes transit haec Actio, absque eo, quòd deposcatur litis contestatio. Struvius *in Evolut. ff. de donat. Exercit. 40. thes. 5.* Lautterbach *ff. de donat. dict.* 6

dict. §. 50. etsi enim in actione injuriarum exigatur litis contestatio, ad hoc, ut ad hæredes transmittatur, aliud tamen in hac actione est cautum, sufficit enim ad ejus perpetuationem querimoniarum primordium. *dict. l. ult. Cod. de revoc. donat.*

7 Dubium est, an hæredes hanc actionem movere possint, si defunctus ingratitudinem in se commissam ignoravit? Dubitandi ratio est, quòd non præsumatur remissio ab ignorante facta. Negativa tamen est verior, nullibi enim in actionibus, quæ morte extinguuntur, hæc limitatio est definita. Struvius *in Juris Evolut. exercit. 40. thes. 16.*

8 Protenditur hæc actio contra donatarium, non verò adversùs ejus hæredes, quia est ex delicto. *l. 7. Cod. de revoc. donat.* Dices: revocatio donationis inter virum & uxorem fieri potest contra hæredes quoque, ergo etiam hæc revocatio. ℞. donationem inter virum & uxorem esse ipsô jure nullam, adeóque hæredes nullum habere titulum retinendi, nisi querimonia à defuncto fuerit mota, aut lis contestata, quô casu actiones fiunt perpetuæ. *l. 139. ff. de R. I.*

Objectum hujus actionis sunt res donatæ, tempore motæ querelæ existentes, consumptas namque aut bonâ fide distractas hæc actio non persequitur. *l. 7. Cod. de revoc. donat.* Ambigitur tamen, an, quæ pignori suppositæ sunt, revocari possint? quod est affirmandum, cùm dominium permaneat penes donatarium, luere tamen tenetur donator, ne tertius patiatur jacturam. *l. 18. §. 2. ff. de pignorat. Action.* Ratio ulterior est, quia donatio non resolvitur ex nunc, sed ex tunc; & quamvis donatarius exinde perpetratæ ingratitudinis pœnitudine tangatur, aut donatio juramento fuerit confirmata, aut pactum de non revocando interjectum, revocationi tamen locus est, nisi renuntiatio jurata fuerit interposita. Brunnemann. *in dict. l. fin. Cod. de revoc. donat. in fin.* quoad durationem hæc actio est perpetua. Oldendorp. *class. 4. act. 20.* 9

AC-

ACTIO

Præjudicialis in genere.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit præjudicium, & in quotuplici sensu accipiatur?*
2. *Subinde accipitur pro Sententia à superiori Magistratu lata.*
3. *Subinde pro quæstione præjudiciali, seu pro* ante Judicium.
4. *Unde hæ Actiones præjudiciales dicantur?*
5. *In quo sensu hæ Actiones ab alijs, quæ præiudicium continere videntur, differant?*
6. *Quænam in specie sint Actiones præjudiciales?*
7. *Quare in his Judicijs inter Servum, & Dominum potest consistere Actio, seu lis?*
8. *Rationes, quibus hæ Actiones probantur personales.*
9. *Deducuntur rationes, quibus probatur, esse Reales.*
10. *Confutantur rationes contraria.*

1 NOnum obtinent locum Actiones Præjudiciales in genere. Quandoquidem hæ Actiones nomen quasi ex re, nempe ex præjudicio, sortitæ sunt, per tradita Donell. *in suo Comment. de Action. in* §. *13. n. 5.* perquirendum mihi necessariò est, quodnam sit præjudicium, & quotuplici in sensu accipiatur? Et inprimis certum est, præjudicium in sensu communi sæpissimè usurpari pro damno, vel detrimento, aut etiam injuriâ alicui illatâ, in quo sensu accipitur in *l. Decurionibus 3. Cod. de Silent. & decur.* quo etiam respectu consuetum est dici, quòd privilegia, indulta, atque prærogativæ à Principibus concessæ sine præjudicio tertij decretæ esse censeantur; conferatur Marcus Antonius de Petra *in Tract. de Potestate Princip. cap. 24. n. 258.* Unde Princeps non solet illegitimum legitimare in præjudicium legitimorum, sicut insinuat post Zasium *in l. Stipulatio hoc modo ff. de V. O. n. 46.* Mynsing. *Centur. 1. Observ. 36. n. 5.* in qua significatione plura in jure passim exstant Brocardica, quòd nimirum juramentum sit servandum, si non redundet in dispendium animæ salutis, aut præjudicium tertij, *cap. quamvis de pactis in 6.* & res inter alios acta alijs nec prosit, nec præjudicet, *tot. tit. Cod. res inter alios act. &c.* alijsque pluribus casibus, in quibus res

in præjudicium, ſeu detrimentum alicujus tertij inclinari, vel non inclinari affirmamus.

2 Secundò uſurpatur præjudicium pro Sententiâ ſeu judiciô quodam à ſuperiori, vel dignitate præfulgente Magiſtratu lato, Mynſing. *in §. 13. Inſtit. de Action. n. 1.* in quo ſenſu acceptum, defenſionem, quæ oritur ex ſententia priùs lata, appellat Zaſius *In Rubric. ff. de Except. præſcript. & præjud. n. 4.* affert igitur præjudicium inferioribus Magiſtratibus exemplum judicandi, ac propterea paſſim dicitur eſſe ad ſimilium cauſarum deciſionem maximum Telum. Erneſt. Cothman. *vol. 3. reſponſ. 45. n. 99.* Sicut autem præjudicium, ſeu Sententia à Judice quodam inferiore lata jus ſolummodo inter partes facit, *tot. tit. Cod. res inter alios act. vel judicat.* ità etiam Sententiam ab Imperatore vel ſummo Principe latam vim legis habere volunt DD. *in tit. ff. de Conſtitut. Princip.*

3 Tertiò accipitur præjudicium pro illa quæſtione, quæ in concurſu aliarum priùs decidi debet: plures enim occurrunt cauſæ, quæ ob ordinem judiciorum non ſimul, ſed neceſſariò una ex illis ante reliquas expediri debet, ità ut priùs deciſa reſpectu aliarum ſubſequentium verè antejudicium dici poſſit.

4 In quo ſenſu præjudicium hoc ultimo loco uſurpatur, & Actiones præjudiciales ab hac ultima acceptione nomen aſſumunt. Dices: hoc eſſe commune cum alijs pluribus actionibus, quemadmodum ex ſubjectis exemplis manifeſtè demonſtratur, quo inter Filium, & hæredem quemdam extraneum de inofficioſo quæſtio deciſa, & adversùs teſtamentum à Judice lata eſt Sententia, à qua nulla fuerit interpoſita appellatio, non modò præjudicium facit de hæreditate inter partes litigantes, ſed etiam de legatis, non ſecùs, ac ſi etiam de his judicatum, & in conſequentiam rejecta forent, *l. Papinianus §. ſi ex cauſa 16. ff. de Inoffic. teſtam.* Secundò, caſu, quo defunctus eſt conſanguineus meus, cujus ego hæreditatem ſolus adire, & mihi appropriare volo, intervenit E. g. Aurelius poſtulans, ut hæreditatem cum illo dividam, ego autem nego illum defunctô ſanguine junctum eſſe, & per conſequens jus ad hæreditatem petendam obtinere, quæ quæſtio, an nempe ille Cognatus ſit, nec ne? neceſſariò priùs expedienda eſt, & ideo reſpectu poſterioris ſeu principalis præjudicialis dici poteſt *per l. 1. ff. Familia Erciſc.* Tertiò, quando Debitor creditore quidem ſciente de pignoris proprietate egit, & in inſtantia ſuccubuit, hæc ſuccumbentia etiam creditori quandocunque Actionem ſuper pignore moventi præjudicium affert, *per l. ſæpè conſtitutum* verbo: *ſcientibus ff. de Re judicat.* quod in alijs pluribus actionibus, quæ ſecundùm ordinem componi debent, ne omnes ſimul con-

confusæ inutili temporis dispendio frustrentur, & propter incertitudinem litis immortali quasi morâ annectantur, observari videmus. Ex quibus ergo patet, nihil singulare in actionibus præjudicialibus quoad rationem nominis reperiri, licet nomen ex re consequantur, cum idem quoque de pluribus alijs actionibus prædicari possit.

5 Mynsing. *in* §. *13. Inst. de Action. n. 7.* putat, hoc fieri per excellentiam, & quotiescunque in jure mentio fit Actionum præjudicialium, toties has Actiones exclusis alijs subaudiri. Conferantur super hac Sententia illi, qui referuntur à Bachoviô *in tract. de action. disput. 2. thes. 19.* Quemadmodum autem hæc responsio non reijcienda videtur, ita tamen mihi præplacet resolutio, quam præter alios refert Donell. *in dict. §. 13. Instit. de Action. n. 6. circa finem,* quòd videlicet hæ Actiones non tantùm ob eam causam præ cæteris vocentur præjudiciales, quòd subinde alijs causis præjudicium faciant, sed ideo, quia hæ præjudicij alijs causis faciendi gratiâ instituuntur, & non tantùm inter easdem personas litigantes, sed etiam inter omnes, qui exinde quæstionem de statu moveri volunt; ac propterea duplicem ponit rationem, cur istæ Actiones vocentur præjudiciales, præjudicium nimirum tamquam finem illarum, & præjudicij potestatem, finis enim illarum est, non ut solùm propter statum instituantur, sed magis propter statui annexa commoda, actori in casum victoriæ applicanda, quibus commodis causa statûs præjudicium facit: quæ autem commoda statui annexa sint, aliunde notum est, nempe quòd servus omnia acquirat Domino, & operas omnes invitus præstare debeat: & sic de comodis à liberto Patrono, à Filiofamilias Patri, vel vicissim advenientibus intelligendum est, plura hâc de re disserit Vult. *in dict. §. 13. à n. 8.*

Sunt autem Actiones præjudiciales in specie, quibus agitur de vindicando statu, & quidem prima est, quâ quæritur, an aliquis liber sit, vel servus? est enim eadem Actio, qua inter duos agitur de servitute vel libertate, quorum unus dicit esse liberum, alter servum esse affirmat. Nec refert quis eorum primò hanc actionem adversùs alterum moveat, per text. apert. *in l. Liberis 7. §. si quis ult. & l. quòd autem 10. ff. de liberali causa.* Altera species harum Actionum est, in qua controvertitur, an quis sit libertus, vel ingenuus? sicut autem in priori specie nihil interesse dixi, uter de jure suo adversùs alterum ad judicium provocet, ita nec in hac, quoniam eadem quæstio versatur. *l. circa eum 14. & l. quoties 18. ff. de probat.* Tertia species est, quæ dicitur de partu agnoscendo, in qua Filiatio controvertitur, & plerúmque adversùs Maritum porrigitur, ut partum editum agnoscat, & pro suo acceptet, quæ Actio eandem quoque sortitur naturam, quæ prio- 6

ribus attributa eſt: ſed de hac ultima ſpecie inferiùs plura.

7 Quibus tamen, & præſertim illis, quæ ab initio dicta ſunt, multùm obſtare videtur, quòd inter Dominum, & ſervum nullum poſſit eſſe judicium, atque ſervus non habeat perſonam ſtandi in judicio, ergo nec Actio libertatis causâ à ſervo adversùs Dominum, nec viciſſim intentari poterit, per ea, quæ tradit Arnold. ab Hærſolt *in ſua adverſaria de Action. part. ff. 6. Action. 32.* Reſpondeo, ob eam igitur rationem olim Actio, ſeu judicium de causâ ſtatûs non poterat ſine aſſertore, ſeu defenſore inſtitui, qui ſuô periculô totam controverſiam experiebatur, atque ſæpiùs hæc judicia repetebantur, quæ tamen aſſertio exinde fuit ſublata, quia lites nimiùm protelabantur, & conſtitutum, ut quivis ſive per ſe, ſive per Procuratorem de ſtatu agere poſſit *l. lites ſuper 1. Cod. de Aſſert. tollen.* & ibi Bruneman. niſi quis ex ſervitute ad libertatem proſilijt, talis enim Procuratorem conſtituere nequit, quia ſervus præſumitur; dict. *l. 1. Cod. eod.* regulariter autem favore libertatis quilibet agere, & actionem in judicio movere poteſt, cùm pro libero habeatur, *l. lites Cod. de Liberali. cauſ. l. ordinata ff. eodem.*

8 Dubium autem circa has actiones eſt non levis diſceptationis, an reales vel perſonales ſint? eas perſonales eſſe poſt Hottoman. acriter defendit Vult. *in diſcept. Scholaſtica cap. 3.* qui pro Compatrono ſuæ ſententiæ allegat Zaſium *in §. 13. Inſtit. de Action. n. 6.* Eorum fundamentum primum eſt, quòd textus ipſe ſæpè allegati §. *13.* dicat has Actiones *in rem eſſe videri*, quod verbum *videri* notorium improprietatis ſignum ſit, & conſequenter argumento à ſenſu contrario deducto legitimè inferatur, eas non eſſe à parte rei reales, cùm tantùm reales eſſe videantur. Secundò Ulpian. *in l. 1. §. 2. ff. de Reivind.* manifeſtè diſcernit Actiones præjudiciales ab Actionibus realibus, dum ait: *per hanc autem Actionem liberæ perſonæ, quæ ſunt juris noſtri, ut puta Liberi, qui ſunt in poteſtate, non petuntur (petuntur igitur præjudicijs aut interdictis, &c.* ergo alia debet eſſe natura Actionum præjudicialium, quàm rei vindicationis, ac per conſequens inferre intendit, eas eſſe perſonales. Tertiò argumentatur Vultejus ab ordine à Juſtiniano in expoſitione Actionum ſervato, quòd nimirum has Actiones inter actiones Perſonales recenſeat, id quod haud dubiè non feciſſet, ſi hæ Actiones reales forent. Quartum eorum eſt fundamentum, quòd videlicet per has Actiones petamus quid à Perſonâ, tales autem Actiones, per quas quid à Perſona petitur, omnes eſſe perſonales aliunde conſtet, præſertim, quòd illæ indiſtinctè adversùs eundem, nunquam contra tertium dentur, quod aliàs manifeſtum ſignum Actionum perſonalium eſſe ſolet, per *l. Actionum 25. ff. de Obligat. & Action.*

Ta-

9 Tametsi hæc à Vulteio cum asseclis suis adducta argumenta apparentem probabilitatem hujus opinionis faciant; mihi tamen haud sufficere videntur pro evincenda natura Actionum realium, ideóque cum communi teneo, has Actiones esse reales, quoniam sicut illæ nec ex contractu, nec ex delicto vel quasi nascuntur, ità nec ad dandum vel faciendum competunt, ac per consequens nulla invenitur formula aut intentio in personam directa, sed potiùs absoluta, cùm in petitione harum Actionum quis vel ingenuus vel liber, aut ècontrario Dominus sive Patronus esse contendat, Vinn. §. *13. Instit. de Action. n. 2.* Wisenbach. *eodem.* Bachov. *eodem. n. 2.* Secundò probatur, naturam Actionum realium his actionibus præjudicialibus inesse ex eo, quòd in illis procedatur secundùm naturam Actionum Realium, petitur enim declaratio juris sibi competentis, ut quis Dominus, vel Patronus, aut liber, vel ingenuus seu etiam Filius declaretur, ac propterea assertionem, & vindicationem dominij, seu juris in personam, videlicet Patronatûs in personam liberti, servitutis in servum, Filiationis in Filium, complectuntur. Ex quibus facilè patet, has Actiones Reales secundùm ea esse, quæ in *præliminar. Observ. 2.* dicta sunt.

10 Rationes ab adversæ Sententiæ Patronis contra meam opinionem allatæ tanti non sunt momenti. Ad primum enim respondeo, verbum *videri* sæpiùs, quando nimirùm alia concurrunt adminicula, proprietatem importare, & accipi pro *esse*, sicut annotat Schambog. *in dict.* §. *13. Inst. de Action.* Bachovius *ad Treutl. part. 2. disput. 26. thes. 4. littera A.* Secundum argumentum refutatione haud indiget, legenti enim patet, Ulpianum in *dict.* §. *2. ff. de Rei vind.* haud separare actiones Reales à Personalibus, sed sensus ICti potiùs est, quòd liberæ personæ regulariter non soleant vindicari, sed alijs remedijs in potestatem revocentur, sicut autem pluribus casibus liberi homines vindicantur, ità ex his verbis neutiquam sequitur, Ulpianum in illo textu separasse Actiones reales à præjudicialibus Tertium argumentum mihi haud concludere videtur, nec enim necesse est, ut Justinianus agat de personalibus in sequentibus, quia in præcedentibus de illis egit, quoniam argumentum ab ordine non curatur, modò de mente, & intentione Legislatoris constet, Nicol. Everhard. *in loc. argum. legal. locó 1. n. 11.* Videtur tamen Justinianus ad hunc ordinem servandum ea ratione motus, ut, postquam summam divisionem Actionum, videlicet personalium, & realium exegit, hoc quoque Actionum genus ei adjiciat, quæ quidem reales sunt, non tamen per omnia modum realium Actionum servant, quoniam in his non agitur ad aliquid restituendum, sicut aliæ Actiones Reales faciunt, sufficit tamen, quòd colliment ad declarationem

nem juris, quæ declaratio intentionem actoris satis fundat. Bachov. *ad Treutl. part. 2. disput. 26. thes. 4. littera A.*

Ad ultimum responsio per se aliunde est liquida, sicuti enim in alijs realibus actionibus quid à persona petimus, ita non est semper necesse, ut Actio realis adversùs tertium competat, quin imò si res, quæ petitur, semper manet penes eundem, indistinctè quoque hæc dabitur adversùs illum, patet autem, rem his actionibus petendam non posse ad alium transire.

ACTIO

Præjudicialis, quæ Vocatur Liberalis causæ.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Actio Liberalis causa?*
2. *An actio hac saltem utilis locum habeat? & an adhuc hodie detur species servitutis?*
3. *Qui sint Adscriptitij?*
4. *Qualis in nostris hominibus Proprijs Servitutis macula resideat?*
5. *Quibus detur hac utilis Actio?*
6. *Describitur ejus objectum.*

1 Decima est Actio præjudicialis, quæ liberalis causæ dicitur. Variæ olim de statu controversiæ exarserunt, altero servitutem, altero autem libertatem prætendente, queis compescendis Actio Præjudicialis liberalis causæ est proposita, quæ describi potest, quòd sit Actio Realis, civilis, rei persecutoria competens servo ad libertatem proclamanti adversus dominum, vel domino adversus servum libertatem prætendentem. Causa ejus remota est modus acquirendæ libertatis, quod fit aut per nativitatem, aut per manumissionem, vel etiam pro diverso respectu modus acquirendæ servitutis, idque aut de Jure gentium per nativitatem, & captivitatem, vel de Jure Civili per venditionem, vel revocationem in servitutem propter ingratitudinem liberti, §. *1. Inst. de capit. diminut. l. fin. Cod. de libert. & eorum liber.* Proxima est libertas, seu pro diversitate Actionis servitus. Directa hæc Actio olim servo adversùs dominum tractantem libertum, ut servum, vel vicissim Domino adversùs Servum se pro libero gerentem ad persequendam libertatem, vel servitutem dabatur. Oldendorp. *Class. 3. Action. 9.*

Hodie tamen abolita in toto orbe Christiano servitute, directa hæc Actio vix ullam ampliùs obtinet 2

uti-

utilitatem, de utili autem majus est dubium. Ad quod resolvendum prævië annotandum, quòd, tametsi teste Tacito *de moribus Germanor.* in Germania nunquam veri Servi, seu tales, qui de jure gentium originem habuerunt, & præsertim à Romanis olim detenti fuerunt, reperti fuerint, attamen successu temporis vel temporum bellorumque iniquitate, vel alio quovis modo aliud genus hominum introductum est, qui licèt nec veri servi, nec adscriptitij, nec Coloni aut capite, vel statu liberi per omnia sint, sicut in terminis loquitur Math. Wehnerus *in suis Observ. pract. titt. C. in verbo* Leibaigne/ & Cothman. *lib. 1. respons. 40. n. 18.* de illorum tamen natura multùm participant, & maculam quamdam servitutis retinent; originem eorum referunt citati à Speidello *in suo Speculo, in verbo* Leibaigne à victorijs Clodovæi. De Consuetudine communi nomine homines proprij appellantur Leibaigne, quamvis non ubique ejusdem sint conditionis seu statûs, alij enim melioris, alij deterioris sunt conditionis, alibi homines proprij prædia sibi concessa, non sibi, sed Dominis suis possident, eaque tantùm precariò tenent, simplicisque Coloni conditionem sortiuntur, & ab arbitrio Domini dependent, qui eos semper expellere potest, allegat. Wehner *dict. loco.*

3 Alij vocantur glebæ adscriptitij, qui quasi pars fundi censentur, quoniam non tantùm ipsi, sed etiam eorum Liberi perpetuò prædijs & fundis adhærere tenentur, qui licèt deterioris sint conditionis, commerciorum tamen jura etiam cum suis Dominis obtinent, contrahendi in sua persona, standi, & agendi in judicio, ac præterea sunt capaces tam ab intestato, quàm ex testamento quid consequendi. Andreas Gail. *de Pignorat. observ. 8. à n. 3.* Lautterbach. *in tit. ff. de statu hominum thes. 3.* Hi autem homines proprij de usu, & consuetudine Germaniæ Dominis suis censum corporis annuum præstant, vel in pecuniâ, vel in alia re: quinimò in quibusdam locis mortuo marito pecudum præstantissimam, aut vicissim uxore defuncta pretiosiorem vestem aut pro mortuario certam summam pecuniæ dare tenentur. Wehner *dict. locô.*

Tametsi autem tales homines à 4
numero civium non excludantur per ea, quæ tradit Lautterbach *dictô locô*, umbra tamen servitutis hodie adhuc reliqua est in hominibus proprijs, & notam quamdam adhuc sustinere debent, id enim exinde constat, quòd illis non nisi cum conservis matrimonium contrahere impunè liceat, Liberique Matrem sequantur, à suis Dominis fugere, & aliarum civitatum Municipijs adscribi, aut etiam sacros ordines suscipere prohibeantur, nisi à Domino manumissi sint. De quibus videatur Speidel. in suo speculo *in verbo* Leibaigne. qui va-

riorum locorum consuetudines, & statuta circa homines proprios recenset, & exponit. Ex quibus præmissis constat, adhuc hodie aliquam qualitatem personalium obsequiorum superesse, ac propterea, si illa in controversiam deducantur, saltem utili præjudiciali Actione liberalis causæ compesci posse.

5 Datur erg. utilis hæc Actio omnibus Principibus, Nobilibus, & reliquis Dominis, qui aliquod jus personale habent, adversùs suos rusticos originarios seu Adscriptitios, aut è converso rusticis adversus Dominos, qui aliquod tale jus ab illis prætendunt. Oldendorp. *Class. 3. Action. 9.* Mynsing. *in dict.* §. *13. n. 18.* Manz. *in dict.* §. Cur autem adversus tertium non porrigatur, ratio superiùs jam data est, eo quòd jus ab Actore petitum ad tertium extendi non possit. Objectum hujus Actionis est Servitus, vel libertas: ubi sub nomine servitutis quamvis speciem subjectionis intelligi, tenet Oldendorp. *dict. Class. 3. Action. 9.* & quemadmodum olim in hac quis servus Actoris declaratus, ità hodie rusticus, seu aliquo modo subjectus declaratur, ut si vicissim subjectus agit, liber declaratur. *l. liberis* §. *si quis & l. quod autem 10. ff. de Liberali causa.* unde ait Vinn. *in* §. *13. Inst. de Action. n. 3.* agente Domino adversus servum, hæc Actio Confessoriæ est similis: è diversò agente servo, seu illo, qui ad libertatem proclamat, negatoriæ multùm æquiparatur. Ex quibus inferri potest, quòd hæc Actio utilis competat Primati adversus Episcopos propter commissam inobedientiam. Secundò Episcopo adversus Clericos subjectionem inficiantes, Abbati adversus Religiosum, qui negat obedientiam præstandam, Plebanis seu Parochis pro subjectione Capellarum inter limites suæ Parochiæ sitarum, Monasterio Exempto adversus Episcopum prætendentē subjectionem, videatur Arnold ab Hærsolt *in sua Advers. de Act. part. 6. ff. ad Action. 34.* Quoad tempus hæc perpetua est, quia Civilis, & rei persecutoria. Oldendorp. *dict. loco.*

ACTIO

Præjudicialis de Ingenuitate.

SUMMARIUM.

1. Describitur hæc Actio.
2. Cui, & adversus quem detur hæc Actio?
3. An detur Vasallo?

1 UNdecima, & inter præjudiciales secunda Actio comuniter de Ingenuitate dicta non perinde ac præcedens Juris Civilis, sed Prætoria est, Actiones enim Præjudiciales regulariter sunt Prætoriæ. Vult. *in* §. *13. Inst. de Action.* Schambog. ibi Vinn. *eodem in fine*: describi potest, quòd sit Actio Prætoria Realis Præjudicialis rei persecutoria competens Patrono adversùs libertum se pro Ingenuo gerentem, & vicissim, ad hoc, ut libertus, vel pro diversitate Actoris ingenuus declaretur. Causa remota est modus acquirendæ ingenuitatis, vel libertineitatis, Proxima est ipsa ingenuitas, vel libertineitas.

2 Competit hæc Actio Patrono adversùs libertum pro ingenuo se gerentem, vel vicissim ingenuo adversùs putativum patronū, eum pro liberto tractantem, quando nimirum libertus vel negat præstare debitas operas patrono, vel è contra patronus petit operas ab aliquo ingenuo; si igitur libertus se ingenuum dicit, negatque operas esse à se præstandas, priùs Actione Præjudiciali discuti debet, an sit libertus, vel ingenuus, aut si patronus affirmat se à liberto suo sine venia in jus vocatum esse, & propterea eum Actione in factum ad pœnam 50. aureorum convenire intendit, juxta §. *12. Instit. de Action.* ab adversario enimvero negatur illum patronū esse, priùs controversia, an patronus sit, nec ne? decidi debet. Videatur post Hartprecht. Vult. §. *17. Instit. de Action.* Hodie sublata libertineitate omnes sunt ingenui, ac per consequens hæc Actio directa amplius locum non habet, utilis tamen concedi potest illis, qui homines suos proprios, seu rusticos manumiserunt. Conferatur Manz. *dict. n. 8.*

Quæstio hic occurrere potest, an detur Vasallo, aut Domino adversùs Vasallum? mihi cum Hartprecht *dict. loc.* videtur negandum. Ratio est, qua feuda, aliaque similia beneficia Jure Romano non fuerunt introducta, sed potiùs ex consuetudine inventa sunt, & illorum nomine alia remedia concessa, ac propterea Vasalli non mo- 3

modo omnes sunt ingenui, sed etiam dignitate sæpissimè eminentes, queis hæc macula servitutem redolens difficulter potest accommodari. Consulantur, qui allegantur ab Hartprecht *dict. loco n. 8.* Vitam hujus actionis considerandô discrimen est inter Jus Digestorum & Codicis; illô Jure post quinque annos non licuit proclamare ad libertatem, nisi auctoritate Principis. *l. 2. §. 2. l. 4. ff. si ingen. esse dic.* hoc verò Jure hæc actio in perpetuam protracta est vitam. *l. fin. Cod. ubi caus. stat.* quô locô notanda est doctrina Antonij Perez. *cit. tit. n. ult.* ubi docet, quòd, si quis per plures annos pro spurio aut ignobili habitus sit, exinde tamen liquidis instrumentis ostendat, se ex legitimô thorô aut Nobili prosapiâ ortum esse, ad probationem admittendus sit.

ACTIO

Præjudicialis de partu agnoscendo.

SUMMARIUM.

1. Describitur tertia Actio Præjudicialis, & ejus subjectum.

2. Cui detur utilis?

1 DUodecima Actio, & tertia species Præjudicialium Actionum est Actio de Partu agnoscendo, per quam quæstio deciditur, an quis sit filius, vel non? est similiter Prætoria, quemadmodum præcedens. Rationem Harprecht *in §. 13. Instit. de Act. n. 13.* dat Manz. *eodem*, quòd nimirum de Jure Civile non detur Actio nisi ex contractu, vel dominio, aut denique jure in re, neutrum ex his autem in libertû, vel Filiumfamilias cadere potest; ergo &c. Fundatur partim *in dict. §. 13. Instit. de Action.* partim autem *in l. 1. §. Julianus. 12. & l. 5. ff. de lib. Agnosc.* Causa ejus remota est modus acquirendi Juris in personam, seu Filiationis, Proxima est obligatio, estque duplex, de paternitate, & de filiatione; prima datur mulieri, dissolutô per divortium matrimoniô adversùs maritum negantem, uxorem fuisse, aut ex se esse prægnantem. *l. 1. §. 11. ff. de liber. agnosc.* 2. adversùs avum, in cujus potestatem recasurus est partus, mortuô patre. *l. 3. §. 2. & 3. ff. eod.* 3. adversùs illos, qui puellas imprægnant, & postea se negant esse genitores. Manz. *in §. 13. Instit. de Action. n. 5.* Ad hoc autem, ut hæc actio cum effe-

fectu moveri possit, deposcitur 1. ut mulier, ejus parens, aut hujus mandatarius intra 30. dies, à tempore divortij dinumerandos, marito vel ejus parenti denuntiet, se esse prægnantem. *l. 1. §. 1. & 2. ff. dict. tit.* 2. exigitur, ut maritus custodes ventris miserit, quos si uxor non admiserit, est in arbitrio mariti, an partum velit agnoscere, an non. *l. 1. §. 6. ff. eod.* quòd si verò maritus custodes non miserit, silentiò partum aonovisse censetur. *l. 1. §. 4. ff. cit. tit.* 3. probare debet mulier, maritum tempore, quô partus est conceptus, habuisse potentiam generandi. *l. 6. ff. de his, qui sunt sui vel alien. jur.* Gaill. *lib. 2. observ. 97.* Altera datur Filio adversùs Parentem, qui ei negat alimenta: priùs quàm enim causa alimentorũ expediatur, Præjudicialis quæstio decidi debet. Aut vicissim parenti adversùs filium, vel denique casus hujus Actionis in Hæreditate contingere potest, quando nimirum quis Hæreditatem ut paternam affectat, & prætendit, postea autem ab Hærede extraneo fortè scripto negatur, Actorem fuisse filium defuncti, antequam causa hæreditaria excutiatur, necessariò componenda erit causa Filiationis, quæ Actio etiam hodie directa est, quoniam ejus causa hactenus immutata durat. Manz. *eodem n. 5.*

2 Utilis autem competit fratri contra fratrem, vel agnato, aut cognato adversùs suos agnatos, negantes eum esse de familiâ: sæpè enim contingit, sicut monet Manz. *dicto loco n. 7.* ut in aliquâ familiâ receptus sit senioratus, vigore cujus senior Familiæ administrationem certarum rerum, e. g. Feudalium, aut aliarum in prærogativam familiæ constitutam habet, quemadmodum custodiam instrumentorum, & privilegiorum totius familiæ, aut certarum rerum usumfructum &c. quando igitur alicui talis administratio contingeret, atque negaretur esse de familia, priùs necessariò expedienda esset quæstio Præjudicialis, an prætendens sit de familia, vel non? qui procedendi modus etiam in alijs casibus formari, & observari debet: sicut autem in reliquis Actionibus Realibus petit Actor, declarari sibi Jus competere, ità etiam in hac, & alijs Præjudicialibus Actionibus hoc postulatur, ut ejus declaretur filius, seu agnatus, eàque perpetuam vitam habet, quam habent cœteræ Reales. Videatur Oldendorp. dict. *Class. 3. Action. n. 9.*

ACTIO
Rei Judicatæ.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Actio rei judicatæ, & qualiter sententiæ obliget.*
2. *Quodnam sit ejus subjectum.*
3. *Describitur objectum.*
4. *In quibus Actionibus quadrimestre habeat locum.*
5. *Qualiter fructus sint adjudicandi.*

1 DEcimum tertium locum ingreditur Actio *rei judicatæ*, quæ describitur, quòd sit actio personalis, Civilis, rei persecutoria, perpetua, *l. 6. §. fin. ff. de re judicat. ibique* Castrensis. Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 44. thes. 13.* Lauterbach *ff. de re judicat. §. 29.* Wisenbach *ff. eod. n. 5.* etsi prior actio fuerit pœnalis & temporalis; *l. 3. §. idem scribit ff. de pecul.* Causa ejus remota est quasi contractus, nimirùm litis contestatio, *dict. l. 3. §. cit. ff. de pecul.* eô enim animô & propositô litigantes adeunt Judicem, ut se ejus sententiæ, & rei controversæ decisioni submittant; propterea cùm alterô invitô neuter discedere possit, probabiliùs sententia naturaliter & civiliter simul litigantes obstringit. *dict. l. 3. ff. cit. tit.* Oldendorp. *class. 4. act. 12.* Samuel Coccejus *in Jur. Controvers. de condict. indebit. quæst. 11.* causa proxima est obligatio.

Subjectum actionis hujus activum efformant personæ, pro quibus judicatum est, Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 44. thes. 15.* Wisenbach *ff. de re judicat. n. 6.* Lauterbach *ff. eod. §. 30.* sive sit Dominus litis, sive Procurator in rem suam, aut persona singularis, aut Universitas aliqua; 2. datur pupillo & minori, quorum Tutores & Curatores victoriam reportârunt, *l. 2. Cod. de administr. & pericul. tutor.* 3. conceditur horum hæredibus. Subjectum passivum ille constituit, qui condemnatus est, & illius hæredes, tametsi actio, super quâ judicatum est, ad hæredes transitoria non fuerit, *dict. l. 3. §. 11. ff. de pecul.* & quidem in solidum. *l. 25. ff. de re judicat.* Nec refert, an per se, vel Procuratorem quis egerit, adversùs Procuratorem enim hæc actio non movetur etsi quippe per litis contestationem fiat Dominus Actionis, id tamen quoad exercitium tantummodò fit, actionis autem dominium prior Dominus non amittit, nisi sit Procurator in rem suam; hinc nec Tutor, nec Curator, minùs Syndicus hac actione pulsantur, *l. 4. ff. de re judicat. l. 6.*

§. 3.

§. 3. & *l. ult. ff. quod Universit. cuiusque nomin. &c.* moveri tamen poteſt contra defenſorem, qui citra mandatum abſentis partes ſibi arrogavit, atque cautionem judicatum ſolvi proſtituit, *l. 28. ff. de Procurat.* ibique Bruneman. David Mævius *part. 4. decis. 126.* nemo enim alterum poteſt obligare absque mandato præcedente, vel ratihabitione ſubſequente Eadem quoque eſt ratio falſi Procuratoris, hujus namque factum obſtringere Dominum nequit. Petr. Myller. *in not. ad Struvium Syntagm. jur. Civil. exercit. 44. thes. 15.* Plures ſi ſint per Sententiam comdemnati, contra omnes hæc actio porrigitur ſecundùm viriles portiones, *l. 43. ff. de re judicat.* quanquam alter ſolvendo non ſit: *l. 1. & 2. Cod. si plures unâ ſentent. condemn.* nec refert, utrùm antecedenter quivis in ſolidum fuerit obligatus, vel non. *cit. l. 2. Cod. dict. tit.* ibique Salycet. & Bruneman. nervosè Anton. Perez *in Cod. eod.* Caſu verò, quô omnes in ſolidum forent condemnati, aut cuncti ſua bona omnia in ſolidum obligâſſent, hæc limitatio locum non haberet, ſed poſt ſententiam quoque in ſolidum omnes obſtringuntur, ratio eſt, quia hypotheca eſt individua. *l. 65. ff. de Evict. l. 192. ff. de R. J.*

2 Objectum Actionis hujus eſt id, in quod præſtandum quis per ſententiam eſt condemnatus; *l. 4. §. 3. ff. de re judicat.* Struvius *Syntagm. jur. civil. exercit. 44. thes. 16.* Lauterbach. *ff. de re judicat. §. 31.* non ſolùm autem tenetur ad rem principalem, ſed etiam ad acceſſiones; in ſpecie obſtringitur condemnatus in actionibus perſonalibus, ſi elapsô quadrimeſtri ſententiæ non obtemperavit, ad uſuras centeſimas, *l. 1. & l. fin. Cod. de Uſur. rei judic.* quæ tamen conſtitutio in praxi & foro gravis nimiùm, adeóque in uſu eſſe deſijt, teſte Bruneman. *in dict. l. 1. Cod. de Uſur. rei judic.* Perez *in Cod. eod.* Wiſenbach *ff. de re judic. n. 7.* ad quincunces tamen etiam praxis obſtringit, ex ratione, quoniam de conſuetudine ex morâ uſuræ debentur, etſi aliàs nullæ antecedenter debitæ fuerint, teſte Lauterbach. *ff. de re judicat. § 31.*

3 Hoc tamen quadrimeſtre, in *l. fin. §. 1. Cod. de Uſur. rei judicat.* conceſſum, locum tantummodò habet, uti ſuperiùs aſſertum eſt, in actionibus perſonalibus, non in realibus, in quibus mox executio fieri, aut ſaltem tempus arbitrarium indulgeri poteſt; *§. etsi in rem Inſtit. de offic. Judic.* Matthæus Colerus *de Proceſſ. execut. part. 3. cap. 6. n. 14.* Ummius *ad Proceſſ. diſput. ult. n. 17.* Neque conceditur in omnibus actionibus perſonalibus, ſed ſolùm in illis, in quibus quantitas debetur, non autem in actionibus in rem ſcriptis, aut illis, quêis rem noſtram petimus, quales ſunt actiones depoſiti, commodati, & id genus aliæ, quemadmodum ſpecificè deducit Wurmbſer. *lib. 1. practic.*

practic. observ. tit. 23. observ. 1. Cujac. *in Cod. de execut. rei judicat.* Wisenbach *ff. de re judicat. n. 7.* Lauterbach *in concluf. forenfib. part. 2. exercit. 18. concluf. 5.* Schneidewin *in §. 25. Institut. de Action. à n. 63.* utrùm verò hujus temporis coarctandi facultas concessa sit Judici, perlustrandus est Wisenbach *dict. loc.*

5 Fructus autem adjudicandi sunt juxta naturam actionis, & qualitatem possessoris; in actionibus enim realibus bonæ fidei possessor, qui titulô est præmunitus, fructus ante litis contestationem perceptos solummodò exstantes non præscriptos restituit, si verò titulô est destitutus, naturales restituit, industriales autem & Civiles consumptos lucratur, *l. 4. §. 2. ff. fin. regund. l. 4. §. 19. ff. de usurpat. & usucap.* post litis contestationem restituit universos: *l. 22. Cod. de rei judicat.* malæ verò fidei possessor omnes exstantes, atque consumptorum æstimationem restituere debet, quemadmodum superiùs *Sect. 2. de rei Vindicat.* pluribus est assertum. In Actionibus personalibus, quæ sunt bonæ fidei, à tempore moræ, *l. 38. ff. de usur. & fructib.* in actionibus autem, quæ stricti juris sunt, à tempore litis contestatæ fructus adjudicandi sunt; Excipitur, nisi petamus id, quod semel fuit nostrum, tunc etenim etiam in actionibus stricti Juris à tempore moræ fructus in restitutionem cadunt. *l. 38. §. 7. ff. de usur. & fructib.* & *ibid.* relati à Bruneman. Casu verò, quô condemnatus suîs frustrationibus restitutionem cunctatur, résque interea perimitur, æstimatio ejus cum fructibus, à tempore rei judicatæ perceptis, debetur, *l. 7. Cod. de execut. rei judicat.* malæ fidei enim possessor non liberatur interitu rei, *l. 47. ff. de legat. 1. l. 17. ff. de rei vindicat.* cùm semper sit in morâ. Videatur Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 44. thes. 16.* Cœteroquin hæc actio perpetuam obtinet vitam, ad instar aliarum actionum, ex contractibus vel quasi contractibus descendentium.

ACTIO

De Confesso.

SUMMARIUM.

1. Quotuplex sit confessio.
2. Definitur actio ex confessione descendens.
3. Cui, & adversùs quem detur.
4. Ad quid detur hæc actio.

De-

1 DEcimò quartò hujus Sextæ Digestorum partis locò venit actio confessi. Inter alias confessionum divisiones non ultimum sibi locum vendicat illa, quâ dispescitur confessio in eam, quæ fit *in jure*, & eam, quæ fit *in judicio*, quæ divisio, postquam Magistratus ipse judicare cœpit, atque Judicis pedanei potestas sublata est, ab usu recessit; in hujus locum suffecta est ea, quâ confessio scinditur in illam, quæ ante, & illam, quæ post litis contestationem fieri assolet. In priori cùm Judex mox ad executionem progredi, terminúmque solutionis assignare possit, idcircò sortitur hæc *in jure*, seu ante litis contestationem facta confessio non solùm vim probationis, sed etiam vim & efficaciam sententiæ atque rei judicatæ, per tritam regulam, quòd confessus pro judicatô, & suâ quasi sententiâ condemnato habeatur, quemadmodum pronuntiat ICtus Paulus *in l. 1. & 6. ff. de confess. l. 1. Cod. eod.*

2 Uti autem ex re judicatâ subnascitur actio rei judicatæ, ita quoque adversùs eos, qui ante litis contestationem confessi sunt, ad exemplum judicati prodita est actio *æris confessi*, sive *confessoria*, *l. 23. §. ult. ff. ad l. Aquil.* quæ describi potest, quòd sit actio personalis, civilis, rei persecutoria, stricti juris, cujus causa remota est confessio, proxima est obligatio, nec enim tantummodò habet adjectitiam aliquam qualitatem, sed novâ petendi causâ, novóque nititur fundamento. Bacchov. *in tractat. de Action. disput. 8. thes. 4. fol. mihi 103.* & plures relati ab Ummio *ad Process. disput. 13. thes. 11. à n. 51.*

Ex quibus non difficulter liquet, 3 quêis, & adversùs quos hæc actio sit concessa; datur videlicet illi, cujus intentionem confessus est ante litem contestatam adversarius, & ejusdem hæredibus, adversùs confessum, & illius hæredes. Lauterbach *in disput. de confess. part. 2. §. 36.* Eckolt. *ff. de confess. §. 4.* Petr. Myller. *in not. ad Struvium syntagm. Jur. Civil. exercit. 44. thes. 24.*

Objectum est id, quod vi con- 4 fessionis, ante litis contestationem factæ, est præstandum, cum accessionibus & usuris centesimis, quemadmodum in priori actione assertum est. *argt. l. 1. & fin. Cod. de usur. rei judic.* Absolvi tamen ante litis contestationem confessus directè nequit, etsi falsò confessus sit, *l. 4. ff. de confess. l. 23. §. 1. ff. ad l. Aquil.* aliis tamen remedijs ei in auxilium accurri potest, videlicet per restitutionem in integrum, ob minorem v. g. ætatem, *l. 6. §. 5. ff. de confess.* aut si error intercesserit. *l. 2. ff. eod.* Id singulariter est annotandum, quòd appellatio hoc in passu denegetur, ratio est partim, quia suâ sententiâ se condemnavit confessus, ergo ejus iniquitatem accusare non potest, partim quòd confessio in jure ritè facta notorium faciat, *l.* ge-

generaliter Cod. de non numerat. pecun. in notorijs verò appellatio repellitur. *Cap. 3. §. 3. de appellat. in 6.* Durationem hujus actionis si respicias, non nisi triginta annorum decursu aboletur.

ACTIO

Sive officium Judicis, quô petitur separatio bonorum.

SUMMARIUM.

1. *Quotupliciter accipiatur* Separatio.
2. *Quid sit* separatio bonorum.
3. *Ratio hujus remedij introducti assignatur.*
4. *Quibus hoc remedium sit concessum.*
5. *Quinam dicantur Creditores defuncti.*
6. *Qualiter Legatarijs & fideicommissarijs competat.*
7. *An hypothecarijs Creditoribus necessaria sit separatio.*
8. *Utrùm liberis competat pro legitimâ?*
9. *Utrùm detur Creditori, qui debitoris est hæres, adversùs Cohæredem.*
10. *An competat creditoribus hæredis?*
11. *Deducitur subjectum passivum.*
12. *Quid, si Creditores factâ separatione totum non sint consecuti.*
13. *Explicatur objectum.*
14. 15. *Quando cesset hoc remedium.*

1 DEcimum quintum subintrat numerum officium Judicis, quô separatio bonorum petitur, pro cujus uberiori notitiâ adverte, vocem *Separatio* in Jure nostrô ratione objecti variè usurpari; 1. enim dicitur subinde separatio *aqui ab iniquo*, *l. 1. §. 1. ff. de l. & l.* 2. dicitur quoque separatio fructuum, *l. 13. ff. quib. mod. ususfruct. amittat. l. 25. §. 1. ff. de Usur.* 3. dicitur separatio domicilij, mensæ, separatio liberorum ab Oeconomia patris. Wesenbec. *ff. de adoption.* Carpzov. *part. 2. constit. 10. definit. 1.* postremò nominatur separatio Conjugum. *Cap. 2. & 3. X. de Divort.* In præsenti autem, & juxta sensum hujus loci dicitur separatio bonorum, quemadmodum liquet ex *Rubricâ ff. de separat. bonorum*, & *l. 2. Cod. de bonis auctorit. Jud. possidend.* videatur Lautterbach *in disput. de Separation. cap. 1. thes. 2.* Petr. Myller. *in not. ad Struv. syn-*

syntagm. jur. Civil. exercit. 44. *thes.* 59.

2 Est autem hæc separatio bonorum à parte rei nihil aliud, quàm diversorum patrimoniorum, in eandem personam concurrentium, discretio, definitúrque ab Amadeo Eckolt. *ff. de separat. bonor.* & Lautterbach *in dict. disput. thes.* 3. quòd sit auxilium Prætoris, quô, postulantibûs Creditoribûs hæreditariis, causâ cognitâ, bona defuncti à proprio hæredis patrimoniô eum in finem sejunguntur, ut illis primô locô satisfiat. Ex figuratione casûs clariùs res liquet, quô Sempronius habet tres Creditores Cornelium, Sulpitium, & Fabium; mortuo Sempronio succedit Cajus ære alienô gravatus, qui solvendo non est, adeóque cogitur bona distrahere; Creditores igitur Sempronij contendunt, bona hujus esse solvendo, ac propterea separationem à bonis Caij postulant, ne factâ patrimoniorum confusione communem cum Creditoribus Caij jacturam crediti sustinere teneantur. Originem habet hoc Auxilium ex Edicto Prætoris, vel ut patet ex *cit. l.* 2. *Cod. de bon. auctorit. Judic. possid.* ubi Imperator Gordianus in hæc verba rescribit: *est Jurisdictionis tenor promptissimus, indemnitatísque remedium Edictô Prætoris Creditoribus hæreditariis demonstratum, ut, quoties separationem bonorum postulant, toties causâ cognitâ impetrent.* Summa igitur seu compendium *citat. l.* 2. est, quòd Creditores defuncti separationem bonorum postulantes præferantur in bonis defuncti creditoribus hæredis.

Frequenter autem contingere solet, sicut ex figurâ præstituti casûs patescit, quòd hæres obæratus hæreditatem adeat, bonáque defuncti & hæredis per confusionem ita coalescant, ut hæredibus nullum præter hoc reliquum sit remedium, quô se adversùs creditores hæredis defendere queant; videatur Anton. Faber *de Error. Pragmatic. decad.* 2. *error.* 2. Hilliger *in Donell. lib.* 23. *cap.* 16. *litt. D.* Carpzov. *Electoral. Respons. lib.* 4. *respons.* 18. *n.* 2. & prolixè deducit Lautterbach *in cit. disput. de separat. cap.* 2. *thes.* 2. Dixi, concedi hoc remedium à Prætore (hodie à Magistratu) *causâ cognitâ*, *l.* 2. *Cod. de bon. auctoritat. Jud. possid. l.* 1. §. 14. *ff. de separat.* versatur verò in causæ cognitione, an hæres non sit solvendo, an Creditores hæredis fidem non elegerint, illámque novandô vel aliô modô secuti sint, aut an bona ita confusa fuerint, ut separatio ampliùs fieri nequeat, vel denique, utrùm hoc remedium præscriptione non sit extinctum? Ad decernendam autem hanc separationem sunt citandi hæres, ejúsque Creditores. vide jura & Auctoritates, à Lautterbach *in cit. disput. cap.* 2. *thes.* 7. adductas. 3

Porrò hoc remedium tribuitur Cre- 4

Creditoribus defuncti, quibus ex quâvis causâ quid debetur, *l. 1. §. 1. ff. de separat. l. 2. Cod. de bon. authorit. Jud. possid.* hinc non interest, an ex contractu, vel quasi, nominato vel innominato, delicto vel quasi proveniat obligatio, ex his enim omnibus causis Creditores possunt constitui; *l. 16. §. 1. ff. qui & à quibus &c. l. 11. ff. de V. S.* modò actiones ex delictis descendentes ejus non sint naturæ, ut post mortem extinguantur. 2. appellatione creditorum hîc veniunt etiam illi, queîs non quidem stricta actio, sed mera persecutio concessa est; *l. 1. & tot. tit. ff. de Extraordin. cognit.* 3. non minùs & illi, quibus debetur ad diem, vel sub conditione, quamvis enim ante diem nihil exigi queat, ipsô tamen jure etiam ante lapsum diei competit Actio, & pendente conditione spes debiti est. *l. 10. ff. de V. S.* ibique late Wisenbach, Lautbach *in disput. de separat. cap. 3. thes. 2.* Bacchov. *in Treutler. vol. 2. disput. 27. thes. 6. litt. D.* Ut itaque ad hoc auxilium aspirare quis possit, deposcitur 1. ut ex dictis causis ei quid debeatur, adeóque ut sit Creditor. 2. ut sit Creditor hæreditarius. *l. 2. Cod. de bon. authorit. Judic. possid.*

5 Quemadmodum autem Creditores defuncti omnes illi dicuntur, quorum obligatio ex defuncti voluntate profluit, ita & illi hoc nomine censentur, qui quidem cum defuncto agere non potuerunt, post mortem tamen ejus efficacem nanciscuntur exactionem, si verb. gr. defunctus debitorē se constituit, quando morietur, aut si fidejussor post mortem defuncti pro eo solvit. *l. 7. ff. de bonis authorit. Judic. possid.*

Dubium est 1. an legatarij & fideicommissarij particulares ad hoc auxilium recurrere possint? Ratio dubitandi est, quia hæres cum illis quasi contrahere censetur, *§. 5. Instit. de obligat. quæ ex quasi contract. nasc.* & hinc non defuncti, sed hæredis creditores esse videntur. Quoniam autem legata & fideicommissa hæc originem habent ex voluntate defuncti, atque hæreditariæ dicuntur obligationes, *l. 40. ff. de O. & A.* ideò & his hoc beneficium est impertitum, *in l. 6. ff. de Separat.* sive deinde sint soli, sive cum Creditoribus defuncti concurrant, ita tamen, ut priùs Creditoribus, etiam chyrographarijs solùm, satisfieri debeat. *l. 4. §. 1. l. 6. ff. eod.* Christoph. Philipp. Richter. *de privileg. Creditor. cap. 1. membr. poster. n. 3.* inter quos Creditores etiam illi referuntur legatarij, quibus non ex testamento defuncti legata debentur, sed ab ipso testatore, qui ab alio hæres institutus, ab eóque legata relicta fuerunt, præstanda erant. Richter. *dict. loc. n. 54.* Huic asserto adversari videtur, quòd Creditoribus & Legatarijs copulativè hoc remedium sit concessum, *l. penult. ff. de Separat.* ergo etiam conjunctivè, 6

ctivè, & non successivè eis erit satisfaciendum. Rx. conjunctio non semper æqualiter & copulativè conjungit, sed sæpè ordinem designat, quemadmodum in hoc casu, quô legatarij & Creditores ad petendam separationem admittuntur, non tamen æqualiter, sed ordine successivo. Quod verò assertum est de legatis purè relictis, hoc quoque de ijs, quæ sub conditione designata sunt, dicendum venit, prout deducit post alios à se citatos Lautterbach *in dict. disput. cap. 3. thes. 4.* Dices: Legatum ipsô jure in legatarium transmittitur, ergo non erit necessaria separatio bonorum, ut enim species legata, vel mortis causâ donata per se est separata à rebus hæredis, ita nihil commune habet cum hæredis creditoribus, utpote qui nullum habent jus ad speciem legatam. Rx. discursum, qui de Legataris fuit formatus, intelligendum esse de illis, quibus genus, res aliena, vel sub conditione legatum aliquid est, non de ijs, quibus res specifica & testatoris propria est legata, in hac enim frustra postulatur separatio. Lautterbach *dict. disput. thes. 5.*

7 Dubium est 2. Utrùm hac separatione etiam creditoribus hypothecarijs, qui in bonis defuncti hypothecam habent, succurratur? Dubitandi ratio est, quoniam his aliàs tam ante quàm post impetratam separationem jus in re hypothecata est quæsitum, *l. 5. vers. sed si post. ff. de separat.* sive res sit corporalis, sive mobilis, sive immobilis; *l. 1. §. 1. ff. de separat. l. 2. Cod. eod.* Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 34. thes. 14.* & plures relati à Lauterbach *in disput. de separat. thes. 7.* Hoc tamen non obstante, plurimi Auctores etiam hypothecarijs Creditoribus hoc remedium attribuunt, partim quia textus *cit. l. 2. Cod. de bon. auctorit. Judic. possid.* generaliter omnibus Creditoribus, hanc separationem postulantibus, eam attribuit, nullô interpositô discrimine, an sint hypothecarij, vel chyrographarij, partim quòd confusio bonorum in concursu creditorum etiam hypothecarijs damno esse possit, casu quô creditores hæredis absolutũ habent prælationis privilegium, quemadmodum si concurrat hæredis uxor ratione dotis, & fiscus in bonis primipili, aut in bonis hæredis ratione tributorum & collectarum, hi enim regulariter in omnibus debitoris bonis hypothecarijs nudis præferuntur, res autem hæreditariæ haud dubiè sunt in bonis hæredis, ergo etiam hypothecarijs creditoribus necessaria erit bonorum separatio: Lauterbach *ff. de separat. §. 9.* nisi fortè in aliquô locô statutum esset, ut hypothecarij Creditores defuncti omnibus alijs præferantur. Carpzov. *part. 1. constit. 28. definit. 22.* Berlichius *part. 1. conclus. 64. num. 64.*

Dubium est 3. utrùm liberi ratione legitimæ ad hoc beneficium confugere possint? Affirmat hoc præ- 8

ter alios Christoph. Philip. Richter. *de privileg. Credit. cap. 1. membr. 2. num. 42.* ex ratione, quòd liberi ratione legitimæ, Jure naturæ ipsis debitæ, omnibus Creditoribus præferantur, hinc liberi ratione legitimæ dicuntur patris Creditores, *l. 7. ff. de bon. damnator. l. 7. ff. de testam.* adeóque creditoribus alijs hæreditarijs haud dubiè præponendi sunt, & per consequens non secùs ac reliqui patris creditores, bonorum separationem petere possunt. Quamvis autem non desint huic opinioni sua argumenta, quæ movere ad eam amplectendam potuerunt ICtos Jenenses, ut in sæpè allegata *disput. de separat. thes. 7.* attestatur Lauterbach. Mihi tamen abstrahendo à varijs, quæ hac super contingentia suscitari possunt, quæstionibus, quô titulo videlicet legitima sit relinquenda? quô jure debeatur? an sit pars hæreditatis, vel quota bonorum? quæ controversiæ alibi definitæ sunt, videtur liberis pro consecutione legitimæ hoc remedium necessarium non esse, quoniam liberi ratione legitimæ sunt cohæredes, qui pro consequenda suâ portione semper habent actionem familiæ herciscundæ, pro quâ ipsâ portione jus separationis dari in jure nuspiam legitur, quin naturæ separationis contrarium videtur, quod ex subjectô exemplô patet: Mævius v. g. filium suum Sempronium in legitimâ, Titium verò suum cognatum in reliquô besse hæredem designavit, uterque hæreditatem adit, Titius verò hactenus totam possidet, qui ære alienô gravatus solvendo non est; in hoc casu separationis remedium ideò non exigitur, cùm singulis sua portio ipso jure acquiratur, & Sempronius pro triente, Titius verò pro besse mox à tempore mortis hæredes & Domini fiant; *l. 54. ff. de acquir. vel omitt. hared. l. 138. & l. 139. ff. de R. J.* confunditur itaque triens cum Sempronij, & bessis cum Titij quidem patrimoniô, neutiquam verò istæ duæ portiones sese inter confusæ sunt, tametsi tota hæreditas à Titio possideatur, hinc Creditores hujus in portione Sempronij nullum habent jus, nec quoad legitimam damno ipsi esse possunt, à quâ bessis ipso jure est separatus. videatur post Carpz. *part. 1. constit. 28. defin. 13.* Lauterbach *in cit. disput. de separat. thes. 6.*

Dubium est 4. utrùm, si creditor debitoris existat hæres, hoc beneficiô adversùs cohæredes uti possit? Dubitandi ratio est, quòd, si creditor adeat hæreditatem, debitoris ejus obligatio confundatur, *l. 95. §. 2. ff. de solut. l. 7. Cod. de pact.* nec enim sibi quis debere potest, quoniam verbum *debere* solùm habet locum inter duos. Sed non adversatur hæc ratio, quoniam ultrà portionem hæreditariam, quâ Creditor successit debitori, non porrigitur. *l. 6. Cod. de hared. act. l. 3. Cod. de contrar. judic. tutel.* quando ergo quis non ex asse, sed ex parte, triente scilicet vel quadrante exi- 9

existit hæres, eam à cohærede potest petere, & si is solvendo non est, ad beneficium separationis recurrere. *cit. l. 6. Cod. de hæred. act. l. 7. Cod. de bon. auctorit. Judic. possid.* vide Donellum *Comment. Jur. lib. 23. cap. 16.*

10 Dubium est 5. an, quemadmodum hæc imploratio officij Judicis pro obtinenda separatione concessa est Creditoribus defuncti, ita quoque creditoribus hæredis competat? Negativa est communior, simul ac solidior, *argt. l. sciendum 1. §. 2. ff. de separat.* Differentiæ ratio à varijs datur varia; vide Zasium *ad cit. l.* Richter. *de privileg. credit. cap. 1. membr. poster. n. 62.* Mihi videtur congrua ratio, quam assignat Ulpianus in *dict. l. 1. §.ècontrario 2. ff. eod.* quòd hæres defuncti Creditorum conditionem non possit facere deteriorem suô factô, benè verò adeundo hæreditatem suis Creditoribus præjudicare, alijsque adijcere; Antonius Faber *in Cod. lib. 7. tit. 32. definit. 15. n. ult.* & *in tract. de error. Pragmat. dec. 2. error. 2.* ratio est, cùm hoc præjudicium non ex proposito, sed merè per accidens & ex solo eventu proveniat. Assignantur tamen à prælaudato Richtero *dict. loc.* nonnulli casus, quêis etiam Creditoribus hæredis ad auxilium separationis recurrere licet, at meô judiciô non omnes sunt naturæ indolique hujus remedij congruentes.

11 Porrò hoc remedium conceditur in genere adversùs creditores hæredis, qui debitoris locum occupat, & solvendo non est; quemadmodum autem nomine *Creditorum* veniunt omnes, quêis hæres quovis modô est obstrictus, cujuscunque denique sint classis, hypothecarij, chyrographarij, aut simpliciter privilegiati, *l. 1. §. 1. & 3. ff. de separat.* ita quoque vocabulum *hæres* latè hìc sumitur, ut non tantùm hæredem ex testamento, sed etiam ab intestato, quin & bonorum possessores, atque omnes ulterioris gradûs hæredes designet. *l. 1. §. 8. ff. eod.* vide latè deducentem Lauterbach *in cit. disput. thes. 10.* secus est, si quis foret successor particularis, in quem titulô singulari bona sunt translata, adversùs hunc enim cessat remedium separationis. Carpzov. *part. 1. constit. 28. definit. 10.*

Illud hìc est singulariter annotandum, quòd, si factâ bonorum separatione Creditores defuncti suum non sint totum consecuti, nullum habeant regressum contra creditores hæredis, cùm hoc beneficium ultra bona defuncti non porrigatur, *l. 5. ff. de Separat.* & *ibi* Brunem. David Mævius *part. 4. decis. 151.* nisi occasione hæreditatis de novo aliquid eis accesserit, aut justam ignorantiæ causam possint allegare. Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 44. thes. 62.* Zœsius *ff. de separat. in fin.* Richter *de privileg. Creditor. cap. 1. membr. 2. n. 168.* 12

Objectum hujus separationis sunt om- 13

omnia bona hæreditaria, etiam illa, quæ poſt obtentam ſeparationem hæreditati acceſſerunt: *l. 5. ff. de ſeparat.* nullum igitur eſt interponendum diſcrimen corporalia inter & incorporalia, mobilia, & immobilia. *l. 2. Cod. de bon. auctorit. Jud. poſſid. l. 1. §. 1. ff. de ſeparat.* videatur prolixè diſcurrens Lauterb. *in diſput. de ſeparat. bon. cap. 4. theſ. 1.* Excipiuntur tamen primò bona feudalia propriè talia, quæ ex providentiâ Juris feudalis debentur agnatis ex ſanguine primi acquirentis deſcendentibus; ſecùs eſt, ſi forent feuda merè hæreditaria, illa enim ſortiuntur naturam allodialium, ac proinde cum omnibus oneribus hæreditarijs à defunсto in hæredem jure hæreditario devolvuntur. Vultejus *de feud. cap. 8. n. 30.* Circa priora verò nulla eſt differentia, utrùm filius vel alius agnatus ſuccedat, tametſi enim filius patri ſuccedens ex fructibus feudalibus teneatur exſolvere debita, feudum tamen jure ſanguinis retinet. vide Carpzov. *deciſ. 73.* & plures *ibi* relatos. Lautterbach *in cit. diſput. cap. 4. theſ. 2.* Secundò eximuntur bona, quæ non ampliùs exiſtunt, ſed ab hærede vendita, vel aliô modô diſtracta ſunt, ait enim Papinianus *in l. 2. ff. de ſeparat. ab hærede venditâ hæreditate ſeparatio fruſtrà deſiderabitur, utique ſi nulla fraudis incurrat ſuſpicio; nam quæ bonâ fide mediô tempore per hæredem geſta ſunt, rata conſervari ſolent.* Tertiò excluduntur bona hæreditaria, quæ ita ſunt commixta, ut diſcerni & ſeparari ampliùs non poſſint, *l. 1. §. 12. ff. eod.* quæ tamen commixtio intelligenda non eſt de confuſione Juris, quæ fit ex ſolâ Juris poteſtate, ſed de commixtione facti atque reali, quâ res hæreditariæ ita commiſcentur & confunduntur, ut earum diſcretio ampliùs fieri non poſſit. vid. Lautterbach. *dict. loc. theſ. 4.* Carpzov. *part. 1. conſtit. 28. definit. 10.*

Finitur hoc beneficium 1. decurſu quinquennij. *l. 1. §. 13. ff. de ſeparat.* 2. ſi Creditores fidem hæredis ſint ſecuti. *dict. l. 1. §. 10. & 11. ff. eod.* 3. ſi bonâ fide ab hærede res ſint diſtractæ, ut ſupra aſſertum eſt, aut factâ Separatione perierint. *l. 2. ff. dict. tit.* 14

Dubium eſt poſtremò, an eo 15 quoque caſu ceſſet ſeparatio, ſi hæres adivit hæreditatem cum beneficiô inventarij? Affirmativa eſt communis, ex ratione, quia per inventarium bona defuncti & hæredis ſeparata, & prorsùs diverſa manent, adeóque nulla ulterior exigitur ſeparatio, videatur Struvius *ſyntagm. Jur. Civil. Exercit. 44. theſ. 62.* ibique Petr. Myllerus *in not.* Richter. *de privileg. Credit. cap. 1. membr. 2. n. 94.* David. Mævius *part. 7. deciſ. 279.* & ex profeſſo Lautterbach *in dict. diſput. de ſeparat. cap. 2. theſ. 3.* per conſequens reſpectu Creditorum

rum hæres neque damnum, neque lucrum ex hæreditate, cum inventarij beneficiô aditâ, sentire debet. Hilliger *in Donell. lib. 23. cap. 16. litt. D.*

ACTIO

Pauliana.

SUMMARIUM.

1. Cur hæc actio introducta sit?
2. Unde oriatur, & an sit Personalis?
3. Diluuntur fundamenta affirmativæ sententiæ.
4. & 5. Refertur opinio Mynsing. & Clariss. D. Rath.
6. Allegatur sententia Donelli.
7. Probatur, esse Realem.
8. Quibus hæc Actio detur?
9. An etiam creditoribus futuris?
10. An hypothecarijs?
11. Contra quos hæc Actio detur?
12. An detur adversùs ipsum debitorem?
13. Utrum adversus illum, qui dolô malo desijt possidere?
14. Quid hæc Actio persequatur?
15. Requisita hujus Actionis.
16. Quamdiu hæc Actio duret?

1 DEcimum sextum locum sortitur Actio, à suo primo authore Paulo Prætore Pauliana appellata, & eo fine introducta, ut dolosi debitores, eorùmque collusores, qui lucri sui causâ, ut res minori pretiô sibi comparent, protervum debitorum votum coadjuvant, coerceantur, & ab his dolosis machinationibus absterreantur, tales enim fraudulentæ alienationes de summo, & stricto jure Civili valent, *per text. in l. 26. ff. de contrah. empt. l. 10. §. 22. & l. 15. ff. quæ in fraudem Credit.* & ideo hæc Actio quasi contra jus Civile à Prætore ad eas rescindendas introducta, & formata secundùm æquitatis rationem est, ne videlicet nimium faveret debitoribus, possessoribus autem nimia quoque injuria non obtruderetur. Bach. *de Action. disp. 3. thes. 39.*

Circa quam Actionem præcipuum, & à varijs variè agitatum dubium est, ex qua causa ea originem habeat? an sit in rem? an verò in personam? aut mixtum quoddam genus, velut in rem scripta, sibi vendicet? alij enim, inter quos est Hartprecht, & Oldendorp. *Class. 6. act. 1.* illam in per- 2

sonam esse evincere conantur, eo præcipuè fundamento nixi, quòd ex maleficio, dolo nempe, vel fraude, aut etiam in uno, vel altero casu ex quasi contractu sit, quales in rem Actiones esse manifestæ juris rationi repugnat. Secundò, quia Actionis in rem proprium est sequi possessorem rei, tametsi cum actore nihil contraxerit, aut adversùs ipsum deliquerit, econtra, si rem non possidet, actione Reali pulsari non potest, *l. 25. ff. de Obligat. & Action.* quæ duo principia in Actione Pauliana omninò desiderantur, cùm ille, in quem res dolo debitoris alienata est, etsi eam possideat, hac Actione conveniri non possit, si doli, vel machinationis consors, & particeps, atque rem ex causâ lucrativâ assecutus non sit, *l. 1. & l. 9. ff. Quæ in fraudem Credit.* adeóque ex parte debitoris non sola possessio rei, sed aliud possessoris factum in consideratione esse debet. Ex altera autem parte constat, illum, qui non possidet, neque dolo malô desijt possidere, actione Pauliana conveniri posse, cùm illa etiam porrigatur adversùs hæredes ut tales, saltem in quantum ad eos pervenit; *l. 10. §. ult. ff. eodem*, quod non minùs naturæ Actionis realis adversatur, utpote quæ possessorem semper propter rem sequitur. *l. 2. Cod. si unus ex pluribus hæred. &c.* Tertiò constanter liquet, hanc Actionem passim dici, vocarique actionem in factum, *dicta l. 10. & l. 14. ff. l. penult. Cod. quæ in fraudem Credit.* quales communiter in personam sunt; ex quibus ergo deducunt, Actionem Paulianam ad instar actionum Favianæ & Calvisianæ, *l. 1. §. 26. ff. quæ in fraudem Patr.* Personalem esse, ut tradit Joann. Jacob. Wisenbach. *in vindicijs ad Tribon. de Mutuo ad thes. 8.*

5 Quibus, & si quæ alia hoc in passu occurrunt, fundamentis facilè obviari, & hæc sententia enervari potest, quoniam prima ratio, quòd hæc Actio originem habeat ex maleficio, sat non est stabilita, cùm dolus, seu fraus tantummodo causa impulsiva esse videatur, quæ movit, & occasionem præbuit huic Actioni producendæ, non autem causâ materialis, ex quâ hæc Actio profluere valuit. Schambogen *in §. 6. Instit. eodem.* Ad secundum beneficium retorsionis deservire posset, Actio enim Pauliana subinde conceditur adversùs tertium rei possessorem; ergo naturam actionis Personalis non assequitur; quòd si Adversarij obtinere vellent, hanc Actionem ex eo capite esse personalem, ostendere deberent, eam nunquã porrigi adversùs tertiũ: nec enim refert, quòd hæc Actio adversùs hæredes ut tales competat, illud enim est tantùm per accidens, partim quia & actiones pœnales contra suam naturam adversùs hæredes competunt, in quantum ad eos pervenit, partim etiã quia hæc extensio non vi edicti, & ex na-

tura

tura hujus Actionis, sed primùm à JCto Cassio facta est, *l. Cassius 11. ff. Qua in fraudem Credit.* Bachov. *de Action. disput. 3. thes. 39.* Quæ inter Actionem Calvisianam, & Favianam ex una parte, & ex altera parte hanc Actionem est allata convenientia, negotium vix facessit, illa enim tantummodo consideratur quoad hoc, quòd ubique dolus, & fraus attendatur, neutiquam autem quoad cætera, Schambog. *in §. 6. Inst. eod.* nec etiam tantæ efficaciæ mihi esse videtur, quòd illa appelletur actio in factum, si enim actiones Prætoriæ cum actionibus civilibus comparantur, illæ respectu harum in factum appellantur, *l. 1. § 4. ff. de His, qui effud. vel dejec.* quæ, & aliæ similes responsiones, hanc sententiam infringere, & omnino elidere videntur. Nihilominus tamen illa omnibus consideratis circumstantijs improbabilis mihi non est.

4 Ex quibus argumentis, & quòd hæc Actio extendatur principaliter ad possessores rerum per fraudem alienatarum, Mynsing. *in §. 6. Inst. de Action. n. 51.* probat, eam esse in rem scriptam.

5 Econtrario Clariss. D. Rath. *in suo Tract. de Action. n. 156.* haud consideratis aliorum in hoc passu ferventibus disputationibus, singularem proponit Sententiam, quòd nimirum hæc Actio subinde realis, subinde etiam personalis esse possit, prout Actio præcedens ante fraudulentam alienationem competebat, admittendo præterea duplex judicium, unum, quo traditio Nobili officio Judicis rescinditur, alterum, quo res, quasi semper in bonis Debitoris mansisset, revocatur: de cujus sententiæ prolixiore explanatione videatur laudatus D. Rath. *dictô locô*, quæ Sententia plane & mihi non displicet, quoniam omnia in bonis debitoris remansisse finguntur, ergo si quæ actiones Personales per dolosam acceptilationē, vel alio fraudulento modô extinctæ sint, illæ adhuc in bonis debitoris vigere censebuntur, & consequenter ut tales adversus fraudulenti debitoris debitores moveri poterunt.

Donellus autem *in §. 6. Inst. de Action. n. 3.* arbitratur, *in allegato §.* neutiquam mentionem fieri, seu agi de Actione Pauliana, quæ *in tit. ff. & Cod. qua in fraudem Credit.* proditur, sed de Actione hypothecaria competente ex pignore Prætorio, quod constituitur Creditoribus per immissionem ex primo Decreto, quem tamen post Clariss. D. Rath. nervosè refutat Bachov. *in tract. de Action disput. 3. thes. 39. in fine*, partim quòd illa formalia verba in §. *6. Instit. de Action.* prodita, quæ *rescissa traditione* dicunt *rem traditam non esse, & ob id in bonis Debitoris mansisse*, haud facilè Actioni hypothecariæ accommodari possint, partim autem quia de actione hypothecariâ in sequenti 6

§. 7. & 8. agitur, Serviana videlicet, & quasi Serviana, ergo non fuisset opus in præcedenti §. 6. eam deducere; specialem autem hypothecariam Actionem in hoc casu nullo jure compertam habemus, nec licet novas Actiones extra necessitatis exigentiam gratis affingere: cùm igitur Justiniano haud sufficere visæ sint ad revocandas res in fraudem Creditorum alienatas Serviana, vel quasi, proposuit specialem Actionem Paulianam.

7 Prænotatis igitur his de origine, seu natura Actionis Paulianæ dissonis controversijs, etiam mentem meam desuper aperire oportet, & tametsi quamlibet earum, non tantùm speciosam, seu conjecturalem, sed magnam probabilitatem habere facilè concedam, præsertim Sententiam Clarissimi D. Rath, sicuti prius mentio facta est, insistendo tamen verbis textûs §. 6. *Inst. de Action.* mihi apparet, hanc Actionem ex mente & ordine servato congruentiùs realem dici posse, quemadmodum enim in Actionibus Publiciana, & Rescissoria fingitur Dominium per usucapionem acquisitum, vel vicissim, quod revera non est acquisitum, quasi usucaptum, ita in actione Pauliana fingitur res in fraudem Creditorum alienata, & tradita non esse alienata, & tradita, sed in bonis debitoris mansisse, per finalia verba illius §. 6. & licèt de jure Civili ille, in quem utcunque in fraudem creditorum res translata est, verus rei Dominus maneat, de jure tamen Prætorio talis dominij translatio pro non facta fingitur, sed in bonis debitoris manere, ergo Creditores in bona fraudulenti sui debitoris immissi assequuntur pignus Prætorium. *l. non merum. ff. de Pignorat. Action. l. 2. Cod. qui potior. in pign.* Struv. *Syntag. iuris Civilis exercit. 44. thes. 75.* Emer. à Rosbach. *in suo process. tit. 31. n. 13.* Carpz. *parte 1. constit. 28. definit. 139.* Prænob. ac Clariss. D. Bassus *in suis Decis. decis. 47. in fine:* eapropter causa, seu fundamentum hujus Actionis est vel dominium debitoris, quod habuit ante alienationem, & postea reversum fingitur, aut jus in re ex immissione Creditori tributum, *l. 2. Cod. de Pign. Prætor.* unde à Justiniano inter Actiones reales est collocata, & propterea 2. agens hac Actione rem petere dicitur, quod vocabulum tantummodo actionum realium proprium est; *l. 25. ff. de Oblig. & Action. l. 178. §. 2. ff. de V. S.* Tertiò hæc Actio sequitur tertium rei alienatæ possessorem nullo jure obligatum, eo præcipuè casu, quo quis titulo lucrativo rem obtinuit, petitúrque res restitui, quod regulariter Actioni reali competit. Manz *de Action. revocator. thes. 7.*

Ex his ergo manifestè resultat, 8
hanc Actionem dari creditori, in cujus fraudem res quædam est alienata, *dicto* §. 6. sive postea debitor

sit.

sit obligatus ex contractu, seu quasi, delicto, vel quasi, aut alia quavis causa. *l. 16. §. 2. ff. Qui & à quibus manumitt. l. 10. ff. de V. S.* Mynsing. *in dicto §. n. 34.* quin imò communiter hæc Actio etiam creditoribus in diem & sub conditione indulgetur. *l. 16. §. 2. l. 27. ff. Qui & à quibus manumitt.* Manzius Schneidevvin. *ibidem.*

9 Dubium est primò, an hæc Actio detur creditori futuro, qui videlicet post dolosam alienationem primùm factus est creditor, id quod in eo casu contingere posset, quando quis alienavit bona sua, & postea pecuniam mutuam solicitat. Mihi videtur dicendum, si creditor futurus in locum primi creditoris successit, & ejus pecuniâ priora debita expuncta sunt, ei omnino hanc Actionem competere, *l. 10. §. 1. ff. quæ in fraudē credit.* quod idem affirmandum, si constat, debitorem suum creditorem futurum defraudare voluisse, atque defraudationem seu actuale damnum est secutum. *l. 14. §. penult. ff. qui & à quibus.* Vult. Schambog. Schneidevv. & alij.

10 Dubium est secundò, an illis possit accommodari, quibus per hypothecam est provisum? Ratio dubitandi ex eo præcipuè dependet, quòd creditoribus hypothecarijs antecedenter permissum sit agere viâ, seu remedio ordinario, ac proinde haud opus sit Actione Revocatoriâ juri Civili contraria; imò eâ, utpote rem in pristinum statum reducente, omnino agi non posse videtur, eo casu, quo remedium ordinarium patet, per ea, quæ tradit Vult. *in §. 6. Inst. eod. num. 49.* Hac tamen ratione non attenta, tenet post Mynsing. *allegat. §. n. 37.* Schambogen *eodem* fermè cum communi, hanc Actionem etiam hypothecarijs creditoribus concedi, per text. generalem *in l. 1. §. 1. ff. Quæ in fraudem credit.* ubi principaliter considerat verbum *Creditoribus*, & rationem aliunde notoriam, quoniam nemini sua vigilantia, seu de futuro damno evitando sagacitas obesse debet; cui assertioni & ego lubenter subscribo. Quòd autem hæredibus creditorum indulgeatur, mihi indubitatum est, *per l. 10. §. ult. ff. dicto loco in fin. n. 11.* Dubium verò est, utrùm concedatur hæredibus debitoris ad res in fraudem Creditorum alienatas revocandas? Quod absolutè negatur, *l. 4. Cod. de revoc. his, quæ in fraud.* &c. ex ratione, quia hæredes non possunt allegare turpitudinem defuncti, aut factum ejus impugnare. *l. 149. ff. de R. J. l. 14. Cod. de Rei vindicat.*

Porrò subjectum passivum hujus Actionis, & Personæ, contra quas competit, sunt inprimis rem fraudulenter accipientes, seu datur adversùs illum, qui rem in fraudem creditorum alienatam accepit, & quidem pretio etiam non restituto, eam reddere tenetur, *l. 7. ff. Quæ in fraudem credit.* nisi pretium, seu nummi adhuc in bonis debitoris exstarent, vel saltem in ejus utilitatem versi essent, eo enim casu omnino 11

restituendi forent, cùm ea ratione nemo defraudetur; *l. 8. ff. eodem*, quodsi autem quis simpliciter sciat, alienantem habere creditores, non statim fraudis conscius haberi, aut præsumi potest, atque propterea adversus talé hæc actio non competit, *l. 10. §. 2. ff. eodem.* siquidem adversùs dolosæ alienationis ignarum non porrigitur, nisi rem titulo lucrativo à fraudulento distractore acquisiverit, dicta *l. 10. §. 4. & l. 5. Cod. de revocand. his, quæ in fraud. credit.* de quo titulo lucrativo vide latè disserentem Schneidew. *ad §. 6. Instit. de Action.*

12 Ea non est indubia quæstio, num hæc Actio adversùs ipsum debitorem res fraudulenter distrahentem moveri possit? quæ quæstio eo casu locum sibi vindicare posset, quo debitor fraudulentus res ita distraxit, ut nulla amplius restitutione recuperari possint. Ratio dubitandi in eo fundatur, quòd frustra adversùs eum Actio moveatur, qui inopia pressus actionem reddit inanem, *l. 6. ff. de Dolo malo*, *l. 24. ff. Mandati*, atqui paupertas, & inopia debitoris inanem constituit intentionem actoris, *dicta l. 6.* ergo incassum contra illum Actio resuscitatur, quæ ratio fortè Melam *in l. ult. §. ult. ff. quæ in fraudē credit.* movere potuit, ut diversum sentiret. Ea tamen ratione haud adversante clarè decisum videtur *in l. ult. §. ult. ff. Quæ in fraudem credit. l. ult. Cod. eodem*, hanc Actionem etiam in illum protendi, Struv. *Syntagm. juris Civilis Exercit. 44. thes. 49.* videantur illi, qui referuntur à Brunneman. *in l. ult. §. fin. ff. Quæ in fraudem credit.* & quidem ad hoc, ut in carcerem concludatur *argum. dict. l. ult. § ult.* D. Manz. *de Action. revocat. thes. 19.* quæ Sententia moribus Pragmaticis frequentem potest obtinere usum, tametsi de apicibus, & rigorosis principijs juris, multa adversari videantur. Adversùs successores Unversales datur, in quantum ad eos pervenit, *l. 10. §. fin. l. 11. ff. quæ in fraud. credit.* hinc contra filium, qui ab hæreditate paterna abstinuit, non porrigitur, nisi pater in fraudem creditorum ei aliquid donavit. *l. 3. Cod. eod.*

13 Et quidem ulteriùs videndum est, an, qui rem dolosè alienatam quidem in præsentiarum ampliùs non possidet, dolo tamen malo eam desijt possidere, hâc actione teneatur? quod indubitanter affirmo *per l. 14. ff. Quæ in fraudem.* constat enim dolum pro possessione haberi, *l. 131. & l. 150. ff. de Reg. Jur.* videatur Manz. *in Tract. de Action. revocat. thes. 23.* pariter & Filia hac Actione pulsanda est, quæ à Patre suo in fraudem creditorum dotem accepit, etsi illud dolosè fieri ignoraverit, cùm eam titulo lucrativo, seu donatione obtinuerit, *l. ult. §. 1. ff. Quæ in fraudem credit. v. 13.* tametsi gener fraudis ignarus Pauliana conveniri nequeat, *l. ult. §. 1. ff. Quæ in fraud. credit.* ratio diversitatis est, quia respectu ma-

mariti titulus dotis est onerosus, siquidem dos datur ad sustinenda onera matrimonij, *l. 20. Cod. de jur. dot.* obstringitur propterea quoque maritus præstare Uxori medicinam & alia necessaria, *l. 13. ff. de negot. gest.* qui verò possident ex causâ onerosâ, Paulianâ pulsari nequeunt. *l. 6. §. 8. & seqq. ff. quæ in fraud. Credit.* Quinimò etiam illis lubenter subscribo, qui tenent hanc Actionem quoque locum obtinere adversùs Legatarios, in quos testator fraudandi creditores causâ res quasdam transtulit, *per l. 6. §. 13. ff. quæ in fraudem credit.* tametsi similia legata ipso jure sint nulla, *l. 15. Cod. de legatis.* atque alijs remedijs, condictione indebiti, seu hypothecariâ revocari possint; *l. ult. §. 5. Cod. de Jure deliberandi.* quoniam exinde tamen non sequitur, hanc Actionem esse exclusam, utpote in favorem creditorum introductam, plura circa hoc subjectum passivum videantur in *l. ult. ff. Quæ in fraudem credit.* Adversùs illum Creditorem, qui præ cœteris creditoribus debitum suum est consecutus, an Pauliana locum inveniat, passim ambigitur. Pro dubij resolutione interest, an ei solutio sit facta bonis jam possessis seu concursu motô, vel antecedenter; priori casu conceditur hæc actio, *l. 6. §. 7. l. 24. ff. quæ in fraud. credit.* nec enim potest unus cœteris creditoribus quidquam præripere, sed in contributionem omnes sunt vocandi; *l. 66. ff. pro soc.* posteriori casu est distinguendum inter Creditores pari jure gaudentes, & inter illos, qui potiori jure sunt præmuniti; contra priorem non conceditur actio Pauliana, etiamsi sciverit debitorem non esse solvendo. *l. 6. §. 7. ff. quæ in fraud. Credit.* si verò solutio est facta ei, qui infirmius jus habet, conceditur potius jus habenti. *l. 18. § fin. ff. de Jur. fisc.* quod item est asserendum de Creditore tempore posteriori, sciente debitorem non esse solvendo, & tamen in præjudicium aliorum sibi curante fieri publicum hypothecæ Instrumentum. Schneidevvin. *in §. 6. Instit. de Action.* Vinnius *eod.* Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 44. thes. 80.* Berlich. *part. 1. conclus. 71. n. 47.* David Mævius *part. 4. decis. 142.*

Objectum hujus actionis sunt res 14 omnes, sive mobiles, sive immobiles, corporales, aut incorporales, videantur Authores, qui allegantur à laudato Manz *in Tract. de Action. revocat. thes. 25.* quæ à debitore venditæ, donatæ, pro derelicto habitæ, aut quas debitor passus est usucapi, vel si pactô aut acceptilatione debitorem liberavit. *l. 1. l. 4. l. 10. §. 12. ff. quæ in fraud. credit.* Libertates tamen ex singulari ratione non revocantur, illæ enim in fraudem creditorum datæ, sunt nullæ, si autem semel validè datæ, revocari non possunt, *l. 2. ff. Quibus ad libert. proclam. lic.* At hic non levis dissidij movetur quæstio, utrùm hæc actio

ha-

habeat locũ, quando debitor neglexit occaſionem acquirendi, e. g. repudiandô hæreditatem, vel legatum, vel reſtituendo fideicommiſſum non detractâ quartâ? Affirmativa ſequentibûs ſuadetur rationibus. 1. quòd repudiatio legati nomine alienationis veniat, cùm rectâ viâ ad legatarium tranſeat. *l. 77. §. 3. l. 80. ff. de legat. 2.* 2. reſpectu pupilli repudiatio legati indubitata eſt alienationis ſpecies, quæ absque decreto Magiſtratus fieri nequit, *l. 5. §. 8. ff. de rebus eor. qui ſub tutel.* &c. ergo non minùs erit ſpecies alienationis reſpectu debitoris; poſtremò probatur à Juris fiſco quæſiti paritate, quod revocari nequit. *l. 45. ff. de Jur. fiſc.* Negativa tamen eſt ſolidior, ratio eſt, quia Prætor ſolùm prohibet, ne debitor ſuum patrimonium diminuat, non verò imperat, ut illud augeat. *l. 6. §. 5. & ſeqq. l. 19. l. 20. ff. quæ in fraud. credit.* 2. Edictum Prætoris eſt promulgatum in favorem creditorum, ne defraudentur, ſed acquirere negligentes non defraudant, cùm ſuũ non diminuant, ſed augeant, *l. 134. ff. de R. J.* quæ opinio de Jure Civili externo quidem defendi poteſt, vix tamen de æquitate Canonica. Brunneman. *l. 6. ff. quæ in fraud. credit.* Rationes in contrarium adductæ non enervant deciſionem, ad primam enim ℞. tranſire equidem legatum in legatarium, ſed ſolùm fictione juris, ſi enim agnoſcatur à legatario, mox à tempore mortis teſtatoris Dominus rei legatæ fuiſſe fingitur. *l. 1. §. 6. ff. quæ in fraud. Patr.* Si verò repudiatur, retrò nunquam legatarij fuiſſe cenſetur. *l. 86. §. 2. ff. de legat. 1.* Reliquæ duæ rationes non ſunt ad exemplum trahendæ, cùm in favorem pupilli tales repudiationes ſingulariter pro alienationibus habeantur. videantur relati à Lauterbach *ff. hic. §. 8.* Perez *in Cod. de revoc. his, quæ in fraud. credit.* Quoad objectum ulteriùs eſt notandum, quòd non ſolùm res ipſæ alienatæ, ſed & obligationes, actiones, ac aliæ acceſſiones ita revocentur, ac ſi alienatio ac liberatio non interveniſſet. *l. 1. §. 1. l. 10. §. 19. & l. 14. ff. hic.* Fructus verò veniunt illi, qui tempore alienationis fundo cohæſerunt, aut poſt inchoatum judicium percepti ſunt, *l. fin. §. 4. ff. hic*, reliqui non fuerunt debitoris, ſed poſſeſſoris, qui fuit rei alienatæ intermedio tempore Dominus.

Ad hoc verò, ut hæc actio detur, 15
requiritur primò, ut facta ſit alienatio in fraudem, & præjudiciũ creditorũ, id eſt, animo decipiendi, & circumveniendi creditores, ſicut conſtat ex *Rubric. ff. & Cod. de Revocand. quæ in fraud.* & quidem regulariter non tantùm fraus conſilij, ſeu mentalis, ſed etiam eventus depoſcitur, *l. 10. §. 1. ff. quæ in fraude cred.* aliàs enim creditores non damnificarentur, & per conſequens non haberent, quod conquererentur, ea tamen moderatione, ut in actibus ultimæ voluntatis ſufficiat fraus eventûs, *per l. 1. Cod. de Revocand.*

quæ

quæ in fraud. ratio disparitatis in aperto est, quoniã talia legata, donationes mortis causâ, & similia priùs non valent, quàm deductum sit omne æs alienum, *§. fin. Inst. ad l. falcid.* secùs in actibus inter vivos, & quidem, ubi utriusque tam alienantis, quàm etiam recipientis fraus requiritur, modò contractus, seu titulus sit onerosus, si enim sit lucrativus, sufficit dolus alienantis solùm. Secundò requiritur, ut creditores ex sententia Judicis in bona debitoris immissi sint, sicut constat *ex §. 6. Inst. de Action.* de quibus requisitis prolixiùs vide post Vult. *in §. 6. Instit. de Action. n. 16.* Schambog. *eodem.* Porrò hæc actio cessat 1. si Creditoribus aliô remediô est consultum, *arg. l. 1. §. 1. ff. quæ in fraud. Credit.* 2. si alienatio non fuerit vera, sed tantummodò ficta, ac simulata, quia per talem simulatam alienationem res non transit ex bonis debitoris, cùm actus alienationis sit ipso jure nullus. *l. 30. ff. de R. V. l. 6. Cod. si cert. petat.* 3. si alienatio non fuit voluntaria, sed necessaria, atque facta, antequam bona à Creditoribus possideantur. *l. 6. §. 6. & 7. ff. hoc tit.* 4. si distractio bonorum facta est consentientibus Creditoribus. *dict. l. 6. §. 9.* 5. si creditores primo post factam alienationem crediderunt, *l. 10. §. 1. ff. quæ in fraud. credit.* nisi in priorum, queîs satisfactum est per pecuniam creditam, creditorum locum successerint. 6. quando hæredis fidem, quem reliquit fraudator, secuti sunt creditores. *l. 10. §. 10. ff. quæ in fraud. credit.*

Ultimò adhuc ea restat discutienda quæstio, quando, & quamdiu hæc Actio moveri possit. 16
Respondeo, eam moveri posse mox à tempore factæ excussionis, seu postquam creditores immissi fuerunt, quoniam priùs experiendi potestas eis non conceditur *l. 1. ff. Quæ in fraudem credit.* Dices: tempus currit statim à tempore factæ venditionis bonorum, *l. 10. §. annus 18. ff. eodem:* ergo frustra requiritur, ut priùs sit facta excussio. Respondeo, ea verba *ex die venditionis bonorum:* intelligenda esse ità, ut sensus sit à die factæ venditionis, & simul excussionis, ut concordentur *text. in l. 6. §. ult. & dict. a l. 1. ff. eodem.* videatur Schambogen *dicto loco*, si autem semel incipit currere, annali tempore concluditur per jura superiùs allata, hæc tamen intelligenda sunt in tantum, in quantum res respondet pretio, si autem ea excedit pretium, hæc Actio perpetuò competit, cùm in eo casu res titulo lucrativo penès possessorem sit. *dict. l. 10. §. 24. ff. Quæ in fraudem credit.* latiùs Schneidevv. *in dict. §. à n. 80.*

ACTIO

In factum ex Interdicto quorum bonorum.

SUMMARIUM.

1. *Unde interdicta deriventur.*
2. *Quid hodie sint interdicta.*
3. *Designantur eorum divisiones.*
4. *Quæ sit actio ex Interdicto quorum bonorum.*
5. *Quibus hæc actio competat.*
6. *Contra quem detur.*
7. *Recensetur objectum.*
8. *Quæ exceptiones admittantur.*
9. *Quomodo à petitione hæreditatis differat Actio ex hoc interdicto descendens.*

1 DEcimum septimum subintrat numerum Actio in factum ex Interdictô quorũ bonorum promanans, cujus substantiam & prædicata priusquam fusiùs deducam, pauca quædam de Interdictis in genere præmittere placuit. Interdicta ab *interdicendo*, seu *inter duos dicendò* derivari videntur, §. *1. in fin. Instit. de Interdict.* aut ab *interim dicto*, quoniam interim de possessione, donec proprietatis quæstio terminaretur, jus dicebatur. *l. 3. Cod. de interdict.* Erant igitur interdicta olim nihil aliud, quàm formulæ & conceptiones verborum, quibûs Prætor aliquid fieri jubebat, aut fieri prohibebat, & quidem tunc maximè, cùm de possessione contendebatur. *text. in princip. Instit. de interdict. ibique* Bacchov. Manz. & Schambogen, & communiter Interpretes; aut potiùs erant jussa seu mandata Prætoris certis formulîs concinnata, nec enim olim in causâ possessionis Judicem dare solebat Magistratus, sed ipse summariè cognoscebat, túmque ex prævià illà cognitione aliquid fieri, vel omitti circa possessionem jubebat, cujus imperio si non obtemperabatur, Ministrorum Judicialium vel militari manu ad executionem procedi solebat; *l. 1. §. 2. ff. si ventr. nom. mul. in possess. miss. &c.* hos verò pristinos ritus & superfluas ambages submovit Imperator Justinianus *in l. fin. Cod. de interdict.* constituítque, ut hodie per modum actionis procedatur, & possessionis causa terminetur. §. *fin. Inst. de interdict.*

Hodie ergo interdicta nihil sunt aliud, quàm actiones de possessione vel quasi concessæ, Prætoriæ, extraordinariæ in factum, confer. Lautterbach *ff. de interdict. §. 4.* Struvius *exercit. 45. thes. 6.* ibique Petr. Myller. *in not.* ex quibus quædam sunt reales, quædam personales, illæ enim, in quibus a- 2

ctor

ctor se fundat in ipsa possessione, sunt reales, quales sunt actiones de retinenda possessione, possessio namque acquisita est species juris in re; quæ verò ex contumacia vel delictô ortum sortiuntur, personales sunt, quemadmodum sunt actiones de recuperandâ possessione. Bacchov. *in Treutler. vol. 2. disput. 25. thes. 1. litt. C.* & plures relati à Lauterbach *ff. de interdict. §. 6.* Petrus Myllerus *in not. ad Struv. dict. exercit. 45. thes. 7. in fin.*

5 Exinde sequitur prima interdictorum, à causâ efficiente deprompta divisio, quâ in *realia*, & *personalia* dispescuntur; altera desumitur à subjecto in *simplicia*, & *duplicia*, seu mixta, posteriora sunt, in quibus quilibet & rei & actoris vices potest suscipere, quemadmodum in interdictis retinendæ possessionis contingit. Tertia divisio ab objecto deprompta est, alia enim respiciunt *jus personarum*, ut est interdictum de liberis exhibendis, de libero homine exhibendo; alia respiciunt *jus rerum*, quæ partim sunt de rebus Divinis, partim de humanis, partim de rebus publicis, partim de privatis, alia denique sunt universalia, alia singularia, quemadmodum recenset Ulpianus *in l. 1. ff. de interdict.* Quartò dissecantur interdicta in *prohibitoria*, *exhibitoria*, & *restitutoria*, ut pergit Ulpianus in *dict. l. 1. §. 1. ff. eodem.* Postrema denique interdictorum divisio est, quâ in interdicta adipiscendæ, retinendæ, atque recuperandæ possessionis discernuntur. *l. 2. §. 3. ff. cit. tit.* prolixiùs hac de materiâ, & in specie de Judiciô possessoriô differentem, regulásque in eo observandas designantem consule Adamum Lauterbach *ff. de interdict. à §. 11.*

Hoc succinctè annotatô, redeundum est ad Actionem ex interdicto 4
quorum bonorum (id est, quorum bonorum possessio ex Edicto Prætoris data est, *l. 1. ff. hic*) quæ est actio realis, rei persecutoria, cujus causa remota est agnitio bonorum possessionis vel ex testamento, vel ab intestato, proxima est jus hæreditarium, idem enim jus consequitur bonorum possessor per agnitionem bonorum possessionis, quod hæres per aditionem hæreditatis. *l. 2. ff. de possess. hæredit. petit. l. 1. ff. de bonor. possess.* videantur Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 14.* Lauterbach *in conclus. forens. exercit. 23. conclus. 2.* qui tamen in suo *Colleg. ad Pandect. hoc tit.* rectè notat, quòd hæc actio verè realis dici non possit, siquidem jus hæreditarium principaliter in judicium non deducitur, sed solummodò de possessione acquirenda contenditur, cui assentitur Petrus Myllerus *in not. ad Struvium Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 14.* quin imò nec personalis esse actio videtur, cùm ex nulla obligatione descendat, sed meræ extraordinariæ persecutionis à Prætore concessæ speciem habeat. Quæ assertio licèt magnam habeat speciositatem, originaliter tamen ex jure hæreditario enascitur, & hinc hoc interdictum restitutorium nuncu-

tur *in l. 1. ff. hoc tit.* non equidem propriè, cùm ad acquirendam possessionem agatur, sed impropriè & abusivè, atque in eo significatu, quô possessor possessionem restituere debet, eapropter actor jus solùm prætensum habet.

5 Porrò subjectum hujus interdicti activum constituunt personæ, queîs illud est concessum, indulgetur autem directum illi, qui auctoritate publicâ agnovit bonorum possessionem, sive ab intestato, sive ex testamento. *l. 1. Cod. hoc tit.* Nec refert, agnoveritne bonorum possessionem Edictalem, sive Decretalem, Bacchov. *ad Treutl. vol. 2. disput. 25. thes. 1. litt. G.* Hunnius *ad Treutl. vol. 2. disput. 25. quæst. 7.* Lautterbach. *ff. hic §. 5.* Utile conceditur hæredi de jure Civili; Wesenbec. *ff. quor. bonor. n. 7.* Menoch. *de remed. adipisc. possess. remed. 1. n. 33.* Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 15.* indulgetur quoque instituto in quota hæreditatis, ex. gr. in quadrante, triente, legitimato per subsequens matrimonium, & alijs, qui succedunt, Petr. Myllerus *in not. ad Struv. dict. thes. 15.* quin non denegatur filio, & Agnato ad successionem feudi venientibus. *feud. 2. tit. 26.*

6 Subjectum passivum constituunt illi, qui hæreditatem, vel rem hæreditariam titulô pro possessore, vel pro hærede possident; *§. 3. Instit. de interdict. l. 2. Cod. hoc tit.* & *ibi* Brunnem. Struvius *dict. exercit. 45. thes. 16.* quis verò dicatur possidere pro possessore, vel pro hærede, declarat Ulpianus in *l. 11. & 12. ff. de petit. hæred.* & à me fusiùs supra *Sect. 2. de petit. hæred.* est explanatum: contra tales nec petitio hæreditatis moveri potest, cùm tamen sit hoc interdictô firmior, iniquum enim foret, hæredem, qui sæpè non est Dominus, aut saltem non constat Dominum esse, Domino, vel saltem ei, qui locô Domini est, res aufferre, quemadmodum loquitur Neratius *in l. ult. ff. de Public. in rem action.* 2. porrigitur hæc actio adversùs illum, qui dolô malô desijt possidere. *l. 2. Cod. hoc tit.* contra titulô verò possidentem hoc interdictum non protenditur, nisi fortè falsâ niteretur causâ. vide relatos à Myllero *in not. ad Struv. dict. thes. 16.* 3. dari hoc interdictum contra debitores quoque hæreditarios, contendunt non pauci, moti argumentô à pari, quia petitio hæreditatis indubiè protenditur etiam adversùs debitores hæreditarios. *l. 13. §. ult. l. 16. §. item Julianus ff. de petit. hæredit.* At negativa apertè est decisa *in l. 2. ff. quor. bonor.* ubi scribit Paulus: *interdictô quorum bonorum debitores hæreditarij non tenentur, sed tantùm corporum possessores.* Disparitatis rationem subjicit post Wesenbec. *ff. Eod. n. 7.* Hunnius *in Treutl. vol. 2. disput. 25. quæst. 17.* quòd defunctus in rebus debitis, & nondum in se

trans-

translatis, nullum adhuc jus habuerit, unde nec hæres exemplô defuncti compellitur agere actionibus personalibûs, cùm hoc interdictum sit in rem conceptum, petitio verò hæreditatis non possessionem facti, sed jus hæreditarium persequitur, quod planè quoque in debitoribus hæreditarijs est; alias rationes cernere licet apud Donellum *in Cod. quor. bonor.*

7 Objectum hujus interdicti est possessio rerum hæreditariarum, *l. 1. ff. l. 2. Cod. quor. bonor.* hinc regulariter persequitur res corporales solùm, per verba Pauli in *cit. l. 2. ff. eod. sed solùm corporum possessores.* quo in passu non refert, an quis omnia bona titulô pro possessore, vel pro hærede possideat, aut solam partem, vel rem singularem, cùm hæc actio ex parte objecti ad instar petitionis hæreditatis sit Particularis. *l. 1. & l. 2. ff. dict. tit.* conferatur Lauterbach *ff. quor. bonor.* §. *10.* Struv. *dict. exercit. 45. thes. 17.* & alij ab his allegati. In rebus incorporalibus hoc interdictum admittit Struvius *Syntagm. jur. Civil. cit. exercit. 45. thes. 17.* cum communi Pragmaticorum opinione, de quâ post alios attestatur Brunneman. *in l. 2. Cod. hoc tit.* Mihi placet cum Salyceto *in l. 1. Cod. quor. bonor. n. 1.* Lauterbach *ff. eod.* §. *8.* & Petro Myllero *in not. ad Struv. dict. exercit. 45. thes. 17.* distinguere inter jura incorporalia realia, atque personalia; illa non quidem per se, sed quatenùs rebus corporalibus cohærent, adeóque in consequentiam tantummodò in hoc interdictum incurrunt, quales sunt servitutes tam urbanæ, quàm rusticæ, jus piscandi, venandi, Jurisdictio castris cohærens; Jura feudalia & Emphyteutica hoc in interdictum non veniunt. Hunnius *in Treutl. vol. ult. disput. 25. quæst. 16.* Lauterbach *in disputat. de interdict. thes. 23.* Salycet. *dict. loc.* Bacchov. *in Treutl. vol. ult. disput. 25. thes. 1. litt. C.*

Exceptiones verò, quæ altioris sunt indaginis, ab hoc interdicto submoventur *arg. l. ult. Cod. hoc tit.* Hinc quæstio exardescit, an admittatur exceptio dominij? Communis opinio distinguit, aut exceptio dominij, quòd res fuerit commodata, deposita, locata, aut precariò data, potest in continenti & absque ambagibus demonstrari, aut non ita potest; posteriori casu repellitur, priori verò repellit atque elidit exceptio dominij actionem ex hoc Edicto enatam, ratio est, quia maligna foret temeritas, si reus exceptioni mox probandæ reclamare auderet. Menoch. *de remed. ad pisc. possess. remed. 1. n. 104.* Hartprecht *in* §. *3. Instit. de interdict. n. 42.* Petrus Myllerus *in not. ad Struv. Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 80.* Lauterbach *in disput. de interdict. thes. 29.* & alij plures ab his relati. Neque negotium substernit *cit. l. fin. Cod. quor. bonor.* verba namque *frustrationibus amputatis* intelligenda sunt de dilatio- 8

tione frustratoria, quæ prolixam causæ cognitionem exposcit, quemadmodum explicat post Menoch. *cit. loc.* Hartprecht *dict.* §. *3. Instit. de interdict. n. 43.* & alij relati à Lauterbach *ff. hic* §. *11.* Pari ratione differendum est de casu, quô reus conventus opponit exceptionem latæ sententiæ in petitorio, assertionémque præsentibûs probationibûs firmat. Menochius *dict. remed. 1. à n. 111.*

9 Ex hac deductione liquet, quales differentiæ inter petitionem hæreditatis, & hoc interdictum intercedant, distant quippe 1. origine, petitio enim hæreditatis est juris Civilis, actio ex hoc interdicto est juris Prætorij, & hinc directa petitio hæreditatis datur hæredi civili, utilis verò bonorum possessori, & vicissim interdictum quorum bonorum directum datur bonorum possessori, utile verò hæredi Civili. Menoch. *cit. loc. à n. 2.* differunt 2. naturâ, petitio enim hæreditatis est bonæ fidei, §. *actionum 28. Instit. de action.* interdictum verò quorum bonorum est stricti Juris. 3. dissident in modô procedendi, in petitione hæreditatis enim petit quis se declarari hæredem, in interdictô verò istô postulat sibi possessionem tradi, *l. 1. ff. quor. bonor.* hinc ad bona incorporalia non protenditur, adeóque etiam effectu discrepant. vide Menoch. *dict. remed. à n. 1.* Cœteroquin hæc actio triginta annorum vitam sortitur. Menoch. *cit. loc. n. 101.* Lauterbach *ff. quor. bonor. §. 11.*

ACTIO

Sive Remedium ex L. fin. Cod. de Edict. D. Adriani tollend.

SUMMARIUM.

1. *Describitur hoc remedium.*
2. *An sit actio?*
3. *Quid requiratur ad hoc, ut auxilium istud moveri possit?*
4. *Datur etiam illi, qui in quotâ hæreditatis aut re certâ est institutus.*
5. *Conceditur & hæredis scripti successoribus.*
6. *Patri quoque conceditur, si filij recusantis locò adeat hæreditatem.*
7. *Conceditur & substituto.*
8. *In qua bona fiat immissio.*
9. *Quæ sint requisita, ut immissio decerni queat.*
10. *Quæ vitia excludant immissionem.*

De-

1 DEcimum octavum locum occupat remedium ex *l. fin. Cod. de Edict. D. Adrian. toll.* cujus etsi in Pandectis nulla fiat mentio, ob magnam tamen necessitudinem, quam cum priori interdicto habet, ab Auctoribus illi passim subnecti solet, ut videre est apud Struvium, Lauterbach, aliosque Pandectarum explanatores. Est autem à Justiniano Imperatore *in cit. l. fin. Cod. dict. tit.* cautum, ut, siquis hæres scriptus producat testamentum, primô aspectu ab omni vitio visibili purgatum, id est, nec cancellatum, nec abolitum, nec ex aliquâ formæ suæ parte vitiatum, sed septem testium sigillis & subscriptionibus confirmatum, possit petere, ut in possessionem bonorum, à defuncto tempore mortis possessorum, immittatur.

2 Quæstio hinc exardescit, an remedium hoc imbibat naturam actionis, vel sit simplex persecutio, atque imploratio officij Judicis? Dubitandi ratio est, quòd videatur esse condictio ex lege, quæ toties sibi vindicat locum, quoties nova Lex novam induxit obligationem, nec definivit, quâ actione sit agendum. *l. unic. ff. de condict. ex leg.* Hoc tamen non adversante, dicendum potiùs est, esse simplicem officij Judicis implorationem, quoniam nulla hic subest nova obligatio, nec enim actor quidquam ab adversario petit, sed tantummodò implorat officium Judicis, ut in possessionem eum immittat. Lauterbach *ff. h. t. §. 13.*

3 Ad hoc autem, ut cum effectu hoc remedium moveri queat, exposcitur 1. ut sit hæres in testamento scriptus, in quo à priori interdicto differt, quod non minus ex testamento, quàm ab intestato succedenti indulgetur; consulantur relati à Lauterbach *in conclus. forensib. exercit. 23. thes. 3.* Menoch. *de remed. adipisc. possess. remed. 4. n. 64.* Non solùm autem competit hæredibus in testamentô scriptô institutis, sed & illis, qui design ti sunt in nuncupativo, si à Notario in scripturam sit redactum. Menoch. *dict. loc. n. 91.* Bacchov. *in Treutl. vol. 2. disput 25. thes. 1. litt. L.* Carpzov. *Respons. Electoral. lib. 6. respons. 20. n. 3.* quin huic remedio locum largiuntur non pauci etiam in casu, quo testamentum non est in scripturam redactum, sed adversarius solùm substantialia testamenti fatetur, ex ratione, quòd confessio instrumento æquiparetur. *l. cùm te 5. Cod. de transact.* Menoch. *dict. loc. n. 101.* quæ assertio, quemadmodum & illa, quæ defendit peti posse immissionem, quando quis per testes fidem de testamento facit, dubiô non caret, & dubitandi rationem suppeditat verbum *ostendit* in cit. *l. fin. Cod. de Edict. D. Adrian. toll.* quod importare videtur, quòd Judex testamentum legere debeat, quemadmodũ innuit Menoch. *dict. loc. n. 108.*

Quemadmodum autem hoc remedium conceditur etiam illi, qui solùm in quotâ hæreditatis est institutus, per verba *dict. l. fin. hæres scriptus ex asse, vel ex parte.* ita 4

du-

dubium est, an & illi sit datum, qui est in re certâ institutus, si nullus ei adjunctus sit cohæres? Mihi dubitandi ratio occurrit nulla, quoniam detractâ rei mentione talis perinde est, ac si solus esset hæres institutus; *l. si alterius ff. de hared. instit. l. 1. §. si fundo ff. eod.* quin & ille, qui jure accrescendi hæreditatem capit, censetur venire, ut hæres scriptus. *l. in testamento 5. ff. de vulgar. & pupill. substit.* secùs esset, si taliter in re certâ institutus habeat cohæredem universalem, qui hæreditatem adivit, in tali enim casu institutus in re certâ ab hoc beneficiô repellitur, ex ratione, quoniam reputatur pro legatario. *l. 13. Cod. de haredib. instit.* Menoch. *dict. remed. 4. n. 132.* Richter. *in cit. l. fin. Cod. de Edict. D. Adrian. toll. à n. 45.* inde tamen haud sequitur, filium vel filiam in legitimâ institutos ab hoc beneficiô arceri, cùm liberi in legitimâ instituti saltem quoad jura & actiones activas pro hæredibus habeantur, quemadmodû deducit Menoch. *sæpè cit. loc. à n. 160.* præterquàm quòd legitima, quando honorabili institutionis titulô relinquitur, indubitanter sit pars hæreditatis, triens vel semissis. vide Richterum *dict. loc. à n. 54.* ubi præjudicium allegat: ex quo principio refutantur, quæ post Zuckhardum substernit Sichardus *in sæpè allegat. l. fin. Cod. de Edict. D. Adrian. toll. à n. 2.* Illud non interest, sive hæres sit simpliciter institutus, sive ad certum tempus, ratio est per se liquida, quoniam detractâ temporis mentione absolutè institutus censetur. *l. hæreditas ff. de hared. instit.* Aliud sentiendum erit, si sub conditione quis hæres designatus sit, tunc enim si pendente conditione in possessionem immitti administratoriô nomine desideret, ejus petitioni erit deferendum, cùm in nullius præjudicium collimet immissio, secùs si ex propriâ id postulet personâ, siquidem pendente conditione hæres non est. *l. si quis sub ff. si quis omiss. caus. testam.* Menoch. *dict. remed. n. 305.* Besold. *part. 4. consil. 167.* & latè Richter. *dict. loc. à n. 69.*

5 Impertitur quoque hoc remedium hæredis scripti successori universali, ut latè probat Menoch. *dict. remed. adipisc. possess. 4. n. 249.* Richter. *in cit. l. fin. n. 60.* docent enim hi remedium esse transmissibile, cui doctrinæ obstare videtur, quòd hoc remedium solùm sit concessum hæredi scripto, atqui hæredis hæres non est scriptus, ergo remedium hoc ei erit denegandum. Reponit ad hoc oppositum idem Menoch. *dict. loc.* quòd nomine hæredis omnes hic veniant etiam ulterioris gradûs, quam responsionem, num solida sit, alijs trutinandam relinquo, & quidem ex fundamentali ratione, quoniam jus adeundi hæreditatem non transmittitur, ergo nec jus petendi immissionem in bona.

6 Ulteriùs hoc remedium indulgetur patri in casu, quò filius fuit hæres institutus, & hæreditatem adi-

adire recusat, *arg. l. ult. Cod. de bon. quæ liber.* ratio est, quoniam sub exordiô pater censetur esse institutus in usufructu, & filius in proprietate, adeóque filiô recusante proprietas accrescit patri, qui autem venit jure accrescendi, ei hoc remedium indulgetur. vide relatos à Menoch. *dict. remed. 4. n. 272.* Non tamen meô judiciô tam promptè id erit asserendum de Monasteriô, si Monachus in eo professus sit institutus, cùm adhuc incertum sit, utrùm hæreditas immediatè deferatur Monasterio. Itidem applicatur hoc remedium fisco, hæreditatem ab indigno auferenti, ratio est, quia fiscus succedit in locum hæredis scripti, juráque tam activa, quàm passiva in se transfert, hinc agere, & à Creditoribus potest conveniri, prout latè deducit Menoch. *dict. loc. n. 299.*

7 Postremò hoc remedium non est denegandum substituto, cùm ex voluntate testatoris occupet locum deficientis hæredis; Menoch. *dict. remed. n. 207.* Brunneman. *in l. fin. Cod. de Edict. D. Adrian. tollend.* Lautterbach *in conclus. forens. exercit. 23. conclus. 3.* non tantùm verò conceditur substituto directè, sed & obliquè, seu fideicommissario universali, cui restituta est solùm verbaliter hæreditas. Menoch. *eod. n. 181.* Lautterbach. *dict. loc.* Richter. *ibid. n. 115.* secùs est, si ei vel non est facta restitutio, vel facta quidem est, sed realiter; in posteriori enim casu haud ampliùs indiget hoc remediô, nisi ad effectum, ut possessio confirmetur. jungantur relati apud Richterum *ibid. n. 114.*

Porrò immissio fit in bona, quæ 8
defunctus tempore mortis habuit, sive fuerit Dominus, sive legitimus eorum possessor, aut nudus detentor, quemadmodum per extensionem deducit Menoch. *dict. remed. 4. à n. 363.* Richter. *eod. n. 234.* Clarissimus D. Widmont *ff. de interdict. quor. bonor. n. 44.* 2. non modò fit immissio in bona allodialia, sed etiam feudalia, etsi filia sit vel fœmina collateralis, quæ immissionem petit, quoniam varijs ex capitibus fæminæ feudorum capaces esse possunt; vid. relati à Menoch. *dict. loc. n. 378.* Widmont. *ff. eod.* excipitur, nisi masculus antecedenter esset in possessione bonorum feudalium, aut promptas haberet probationes, queîs ostendere posset, feudum ejus esse qualitatis, ut fœmina hujus sit incapax; potiori autem jure & ratione Fœmina immittitur in bona Emphyteutica, ut probant relati à Menoch. *ibid. n. 385.*

Deposcitur autem ad faciendam 9
immissionem, ut bona hæc ab alio legitimô modô non detineantur, ut sonant verba textûs *cit. l. final. Cod. de Edict. D. Adrian. toll.* hinc denegatur hæredi immissio 1. si adversarius bona possidet titulô, à defunctô sibi comparatô; 2. si titulum ab alio acquisitum ostendit,

ſimúlque probat, bona ante teſtatoris mortem à ſe poſſeſſa fuiſſe, ratio eſt, cùm tempore mortis defunctus ea non poſſideat, juxta tenorem *cit. l. fin. Cod. eod.* 3. quando adverſa pars in continenti titulum & poſſeſſionem probat, etſi dubium ſit, utrùm poſſederit tempore mortis teſtatoris, ratio eſt, quoniam ad obtinendam immiſſionem neceſſariò conſtare debet, defunctum tempore mortis poſſediſſe. videatur plures caſus deducens Bartolus *in dict. l. fin. Cod. de Edict. D. Adrian. toll.* Modum procedendi in hac immiſſione ſi deſideras, diſtinguendum eſt juxta *cit. l. fin. Cod. eod.* in verb. *ſin autem.* aut enim nullus exiſtit contradictor, & tunc ſummariè procedendum, adeò quidem, ut nec citandi ſint venientes ab inteſtato, nec libellus offerendus, Menoch. *dict. remed. adipiſcend. poſſeſſ. 4. n. 447. & 468.* & alij ab ipſo citati; niſi appareat Judici, in caſu ſuccumbentiæ difficile fore hæredibus ab inteſtato poſſeſſionem recuperare, ut monet Menoch. *ibid. n. 462.* ſed ſufficit, ſi hæres ſcriptus tnſtamentum, omni viſibili vitiô carens in actis oſtendat Judici, atque ejus officium pro immiſſione imploret; pleniùs vide relatos à Menoch. *dict. loc. n. 656.* aut verò exſtat contradictor aliquis, & tunc utriusque, tam petentis immiſſionem, quàm ei contradicentis, jura ponderanda, atque in formâ pleni proceſsûs diſcutienda ſunt: conferatur plures caſus exponens Menoch. *dict. loc. à n. 554.* Tempus quod attinet, intra quod immiſſio peti poteſt, olim erat annale, hodie vi *cit. l. fin. Cod. eod.* in verb: *nullum ei temporis obſtaculum objiciatur, niſi tantum temporis effluxerit, quod poſſit vel poſſeſſori pleniſſimam ſecuritatem ſuper dominiô præſtare, vel ipſi, qui immiſſus eſt, omnem intentionem excludere*: tamdiu moveri poteſt, donec in continenti legitima præſcriptio rei ſit probata, qualis autem illa eſſe debeat, à qualitate rei poſſeſſæ, & poſſeſſoris, an ſcilicet titulô, vel absque titulô poſſideat, deſumendum eſt. vide poſt Salycet. *in cit. l. fin. à n. 24.* Christoph. Richter. *eod. n. 318.*

Sub initiô hujus actionis *n. 1.* aſ- 10
ſertum eſt, vitia viſibilia impedire immiſſionem, non verò inviſibilia, ſeu occulta; hinc vitium præteritionis, falſitatis, inofficioſi, inhabilitatis teſtatoris, metûs, & alia id genus huic actioni locum non præcludunt, per textum litteralem *in l. 2. Cod. de Edict. D. Adrian. toll.*

ACTIO

Ex Interdicto quorum Legatorum.

SUMMARIUM.

1. *Dilucidatur natura hujus interdicti.*
2. *Recensentur ejus requisita.*
3. *Annotatur subjectum activũ hujus actionis.*
4. *Subjicitur subjectum passivum.*
5. *Non datur contra institutum in re certâ,*
6. *Nec adversùs donatarium mortis causâ.*
7. *An porrigatur adversùs tertium.*
8. *Describitur objectum.*
9. *Quibûs casibùs cesset.*

1 DEcimum nonum locum ingreditur Actio ex Interdicto quorum legatorum, quod ex verbis Edicti Prætoris uberiùs dilucidatur, ait enim Prætor *in l. 1. §. 2. ff. quod legat. ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate hæredis occupavit, id restituat hæredi;* Ex quibus liquet, actionem ex hoc interdicto defluentem esse Prætoriã, personalem, rei persecutoriam, in rem scriptam, *l. 1. §. 13. ff. eod.* competentem pro adipiscendâ possessione; causa ejus remota est delictum, temeraria videlicet Legatarij audacia, quâ citra hæredis voluntatem rem sibi legatam occupat, atque contra juris naturalis rationem ipse sibi jus dicit; *arg. l. unic. Cod. ne quis in suâ caus.* eámque ob rem, quemadmodum debitor, rem debitam propriâ auctoritate citra Judicis arbitratũ occupans, ejus patitur jacturam, ita legatarius propriâ auctoritate legatũ invadens restituere id tenetur; est igitur interdictũ ratione subjecti simplex, & respectu rei restitutorium. *l. 4. §. 2. ff. quod legat.* videatur Struvius *syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 25.* Lautterbach *ff. quod legat. § 2.*

Ad hoc autem, ut interdictum 2 istud cum effectu moveri possit, exposcitur 1. ut à testatore, vel alio quovis modô disponente aliquid in supremâ voluntate relictum sit, quod ab hærede præstandum venit, sive dein sit legatum, sive fideicommissum particulare aut universale, cùm *Lex un. Cod. quod legat.* non distinguat: Menoch. *de remed. adipisc. possess. 2. n. 23.* Brunneman. *in dict. l. unic. n. 9.* Lautterbach *ff. quod legat. §. 4.* ratio est, quoniam & fideicommissarius universalis ab hærede fiduciario petere hæreditatem debet,

bet, & ſicut à fideicommiſſo particulari falcidia, ita ab univerſali Trebellianica eſt deducenda. 2. exigitur, ut legatarius vel fideicommiſſarius vacuam occupaverit rei legatæ, vel per fideicommiſſum relictæ poſſeſſionem, ſi enim ea ab hærede foret præoccupata, non huic, ſed Remedio *l. ſi quis in tantam 7. Cod. unde vi* locus foret. Requiritur 3. ut perſona legatô aut fideicommiſsô honorata propriâ poſſeſſionem rei acceperit auctoritate, *l. 1. §. 2. ff. quod legat.* ſi enim auctoritate Magiſtratûs in poſſeſſionem foret immiſſa, aut hæres ſuum conſenſum occupanti, poſt aditam hæreditatem, ante nactam rerum hæreditariarum poſſeſſionem, accommodâſſet, ceſſaret hoc interdictum, *l. 1. §. 11. ff. eod.*

3 Ex his Subjectum activum facilè patet, conceditur enim hæredi de Jure Civili, & bonorum poſſeſſori, *l. 1. §. 11. ff. quod legat.* Hartprecht *in §. 3. Inſtit. de Interdict. n. 67.* abſque diſcrimine, ſive ſit hæres ex teſtamento, ſive ab inteſtato. Menoch. *dict. remed. 2. n. 20.* Lautterbach *ff. quod legat. §. 9.* Petr. Myller. *in not. ad Struv. ſyntagm. Jur. Civil. exercit. 45. theſ. 26.* 2. indulgetur & horum hæredibus, *l. 1. §. 3. ff. quod legat. l. 1. Cod. eod.* non quidem directum ex verbis Edicti, ſed utile. Menoch. *dict. remed. 2. n. 17.* Lautterbach *ff. eod. §. 9.* 3. datur fideicommiſſario univerſali, ſi ab eo legatum eſt relictum, quoniam actiones & activè & paſſivè in eum per reſtitutionem tranſeunt, atque in latiori ſignificatu & is hæredis locò venit. *l. ſicut §. 1. ff. quib. mod. pign. ſolv.* Menoch. *dict. loc. n. 18.* Struvius & Lautterbach *cit. loc.* Illud circa ſubjectum activum eſt annotandum, quod hoc interdictum enarratis perſonis non ſimpliciter, & absque cauſæ cognitione ſit indultum, ſed ſi legatarij vel fideicommiſſarij inſtant, legitimam tenentur præſtare cautionem de relictô reſtituendô, in quantum expunctô ære alienô, & perſolutîs legatîs reliquum eſt, *l. 1. §. 16. ff. quod legat.* & quidem, ut agi poſſit hoc interdicto, priùs eſt ſubjicienda cautio, *l. 1. §. 1. ff. eod.* Menoch. *dict. loc. n. 91.* Lautterbach. *ff. hic §. 10.* quæ per fidejuſſores eſt præſtanda, niſi Legatarius aliâ quâvis ſit contentus, *l. 2. §. 3. ff. quod legat.* de quâ cautione prolixiùs diſcurrentem vide Menochium *dict. remed. 2. à n. 93.*

Subjectum paſſivum conſtituunt illi, qui relicta per ſupremum morientium elogium propriâ auctoritate ſibi vindicant, legatarij nempè & fideicommiſſarij, ſive dein ſint univerſales, ſive particulares. Menoch. *cit. remed. 2. à n. 21.* Weſenbec. *ff. quod legat. n. 6.* Hartprecht *in §. 3. Inſtit. de interdict. n. 69.* 2. pertingit hæc actio ad legatariorum & fideicommiſſario- 4

rum hæredes. *l. 1. §. 10. ff. quod legat.*

5 Dub. est 1. an hoc interdictum porrigatur adversùs institutum in re certa? & dubitandi occasionem movere potest ratio, quòd institutus in re certâ pro legatario habeatur. *l. 13. Cod. de hæred. instit.* Sed communis est sententia negantium, quòd institutus in re certâ, etsi absque consensu universaliter instituti rem occupaverit, hoc interdictô pulsari nequeat, quoniam quoad occupandam rei legatæ possessionem hæredis personam sustinet. Bartolus *in l. ex facto ff. de hæred. instit.* Sichard. *in l. 13. Cod. eod. n. 5. propè fin.* ubi speciosè deducit, institutum in re certâ ratione rei relictæ haberi locô legatarij, ratione verò personæ locô hæredis. Consulantur relati à Menochio *cit. remed. 2. n. 64.* & Interpretes in *dict. l. 13. Cod. de hæred. instit.* quam ob rationem quoque indulgetur contra hæredes prælegatum occupantes quoad illam partem, quam accipiunt legati nomine, secùs quoad eam, quam jure institutionis capiunt. Menoch. *eod. n. 78.*

6 Dubitatur 2. an hoc interdictum protendatur adversùs donatarios mortis causâ? Sunt, qui distinguant inter illum, qui rem mortis causâ donatam à donante traditam accepit, & illum, qui vacuam ejus possessionem propria auctoritate invasit, adversùs illum denegant, contra hunc verò permittunt huic interdicto locum Brunnemann. in *l. 1. ff. quod legat. n. 14.* Wisenbach *ff. eod. n. 15.* Lautterbach *ff. de donat. mort. caus. §. 34.* Ego cum Menochio *dict. remed. adipisc. possess. 2. n. 80.* Struvio *syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 27.* Wesenbec. *ff. quod legat. n. 6.* D. à Widmont. *ff. eod. n. 34.* absque distinctione negativam amplector, motus præcipuè per *l. 1. §. 5. ff. quod legat.* cujus formalia sunt: *si quis ex mortis causâ donatione possideat, utique cessabit interdictum: quia portio legis Falcidiæ apud hæredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translata sunt:* ex quibus liquet, quòd non obstante apprehensione, vel traditione à defuncto factâ, portio legis falcidiæ penes hæredem perduret, adeóque eam possit vindicare. Confirmatur hæc assertio ulteriùs per *l. 18. Cod. ad l. Falcid.* in verb. *quæ ultrà modum Legis Falcidiæ corporaliter quidem data est, lege autem in patrimoniô testatoris permansit.* Nec adversatur, quòd donatio mortis causâ sit legatis æquiparata, in hoc enim casu differentia interponitur, ut docet Menoch. *dict. loc. n. 81.* Struvius *in suis Evolut. ad exercitat. 45. thes. 27.* Falcidiam igitur hæres poterit detrahere rei vindicatione, per *dict. l. 18. Cod. ad l. falcid.* & quamvis videatur pro omnibus ijs dari actio ex hoc interdicto, pro quibus concessa est rei vindicatio, hoc tamen in casu aliter

à Legibus est ordinatum. Videatur Lauterbach *ff. quod legat. §. 12. & 13.* hanc materiam subtiliter dilucidans.

7 Ambigitur 3. an hæc actio, seu interdictum quod legatorum adversus tertium & singularem rei possessorem extendatur? In rem scriptam esse hanc actionem asserui sub exordiô hujus explicationis, adeóque etiam dicendum cum Menochio *cit. remed. 2. n. 27.* Lauterbach *ff. quod legat.* §. *11. & alijs*, concedi adversus singularem possessorem, *l. 1. §. 10. & 13. ff. quod legat. ibique Gloss.* ac propterea, quemadmodum datur contra dolô malô desinentem possidere, *l. 1. §. 7. ff. eod.* ita, si hic solvendo non est, porrigitur adversus possessorem rei legatæ. *dict. l. 1. § 13. ff. cit. tit.* Controvertitur 4. utrùm hoc interdictum cum petitione hæreditatis cumulari queat, casu quô incertum est, utrùm legatarius possideat pro hærede vel possessore, vel pro legato? Apertè videtur declarata hæc quæstio in *l. 1. §. 4. ff. quod legat.* hæcque duo remedia alternativè institui posse, Menoch. *dict. remed. 2. n. 106.* Struvius *Syntagm. jur. Civil. exerc. 45. thes. 28.* Brunneman. *in l. 1. ff. quod legat. n. 5.* Lauterbach *ff. hic* §. *18.* quoties enim ex facto incerti sumus, utrùm actio aliqua competat, incertas actiones cumulare licet. Donell. *comment. jur. lib. 21. cap. 3. litt. G.* Brunneman. *in l. 19. ff. de appellat.* Petrus Myllerus *in not. ad Struv. alleg. loc.*

Porrò objectum hujus actionis seu interdicti sunt res legatæ, à legatario propriâ auctoritate sibi arrogatæ, & hæredi restituendæ, quas si non restituit legatarius, ad interesse condemnatur; *l. 2. §. 2. ff. quod legat.* De rebus incorporalibus, vel si quis usumfructum, aut aliam rem incorporalem à defunctô relictam propriâ authoritate invasit, dubitari potest, utrùm hæc actio locum habeat? quod est affirmandum per *l. 1. §. 8. ff. quod legat.* Brunneman. *ad dict. l. 1. n. 16.* Eckolt *ff. eod.* §. *6.* Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 29.* ibique Petrus Myllerus *in not.* quô in passu ab interdictô quorum bonorum dissidet. Non solùm autem res ipsa venit restituenda, sed & fructus à tempore litis contestatæ. *l. 32. §. 1. ff. de legat. 2. l. 3. ff. de interdict.* Oldendorp. *class. 2. act. 2. n. 7. in fin.* Petrus Myllerus *in not. ad Struv. cit. loc.* Tametsi verò legatarius rem relictam deductô modô restituere teneatur, per hoc tamen legatum non amittit, sed illibatæ ei manent actiones, queîs id, habitâ ratione legis Falcidiæ, repetere potest. *l. 1. §. 2. ff. quod legat.* Lauterbach *ff. eod. §. 16.* Struvius *dict. exercit. 45. thes. 30.* Eckolt. *ff. eod. §. 9.* Brunneman. *in cit. l. 1. n. 3.* Nec obstat *l. 13. ff. quod met. caus. & l. 7. Cod. unde vi*, ratio est, quoniam legatarij occupant rem quasi suam, & à nemine possessam, adeóque cum eis mitiùs est agendum; secùs foret, si res jam ab hærede fuisset

ſet poſſeſſa, tunc enim haud dubiè inciderent in pœnam dictarum legum. Bacchov. *in Treutl. vol. 2. disput. 25. theſ. 2. litt. B.* Brunnem. *in L. unic. Cod. quod legat* Minùs negotij faceſſit *l. 5. Cod. de legat.* intelligenda enim eſt de caſu, quô legatarius ſubtraxit rem legatam, poſtquam hæres ejus poſſeſſionem nactus eſt. Brunneman. *ad cit. l. 5. Cod. de legat.* Nec adverſatur 3. *l. 173. §. fin. ff. de R. J.* ubi Paulus ait: *dolô facit. qui petit, quod eſt redditurus;* limitationem enim patitur hæc regula, quando non de re ipsâ, ſed poſſeſſione reſtituendâ agitur.

9 Quamvis autem hæc actio ſit perpetua, per ea, quæ docet Oldendorp. *dict. claſſ. 2. act. 2. n. 8.* multis tamen caſibus ceſſat, & quidem 1. ſi teſtator legatario facultatem conceſſit legatum occupandi, poteſt enim teſtator, qui liberam habet rerum ſuarum adminiſtrationem, plenam legatario tribuere licentiam, pro arbitriô rem legatam arripiendi, *l. Titia cum teſtamento 34. §. 1. ff. de legat. 2.* Menochius *remed. adipiſc. poſſeſſ. 2. n. 42.* Struvius *dict. exercit. 45.* ſive id expreſsè, ſive tacitè factum ſit, e. g. ſi teſtator legatarium deſignavit teſtamenti executorem, aut verba ad eundem direxit, utendô his aut ſimilibus formulis, *accipiat, capiat legatum.* vide Menoch. *dict. loc. à n. 46.* Ceſſat 2. quando teſtator rem legatam, vel per fideicommiſſum alicui aſſignatam vivens in legatarium tranſtulit. *l. 22. ff. de legat. 2.* Menoch. *dict. loc. n. 55.* Lauterbach *ff. eod. §. 5.* Exſpirat 3. ſi hæres poſt aditam hæreditatem, aut agnitam bonorum poſſeſſionem legatario conſenſum & facultatem impertitus eſt, rem legatam occupandi. *l. 1. §. 11. & 12. ff. quod legat.* Struvius *dict. exerc. 54. theſ. 31.* ibique Petrus Myller. *in not.* 4. ceſſare hanc actionem arbitratur Menoch. *dict. loc. n 82.* quando legatarius occupavit poſſeſſionem rei legatæ imploratô officiô Judicis ſeu Magiſtratûs, ratio redditur, quòd ille, qui auctore Prætore agit, non temerè, ſed conſultò agere cenſeatur; ſecùs foret, ſi legatorum conſervandorum causâ immiſſus foret, ratio eſt, quia taliter immiſſus non poſſidet, præſertim, ſi ab hærede ſatisdatio præſtita ſit, per textum apertum *in l. 1. §. quaeſitum 9. ff. quod legat.* Poſtremò denique hoc interdictum ceſſat, ſaltem de praxi loquendô, ſi pia cauſa absque conſenſu hæredis rem legatam occupavit, ratio eſt, quoniam ex legatis pijs falcidia non detrahitur. Tiraquell. *de privileg. piar. cauſ. privil. 26.* Poteſt tamen hæres in his omnibus caſibus, licet ceſſet hoc interdictum, cœteris paribûs falcidiam vindicare, quia portio legis falcidiæ ipsô jure penes hæredem remanet. *l. 73. §. fin. ff. ad l. falcid. l. 18. Cod. eod.*

ACTIO

ACTIO

Ex Interdicto, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.

SUMMARIUM.

1. *Describitur natura hujus interdicti.*
2. *Delineatur actio inde descendens.*
3. *Adducitur subjectum activum,*
4. *Et passivum,*
5. *Ac denique objectum hujus actionis.*

1 Vigesimô locô subsequitur Actio ex Interdicto, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est; accipitur autem in hac Rubricâ possessio in sensu latiori, quatenus solam denotat detentionem, ratio est, quia immissus nullam, nec naturalem, nec civilem sortitur possessionem, *l. 3. §. fin. l. 10. §. 1. ff. de acquir. possess. l. 12. ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. 15. ff. de damn. infect.* hinc potiùs in detentione & custodiâ defenditur immissus. vide Bacch. *in Treutl. vol. 2. disput. 25. thes. 3. litt. A.* Lauterbach *ff. ex quib. possess. eat. §. 21* Cœteroquin hoc interdictum naturam quasi interdicti prohibitorij, & simul restitutorij, pro vario casu obtinet, atque si mihi impedimentum opponitur, quò minùs in detentionem pertingere possim, est adipiscendæ, si turbor immissus, est retinendæ, si omninò ex custodiâ dejectus sim, est recuperandæ possessionis. *l. 1. §. 3. ff. ne vis fiat ei, qui in possess. &c.* ibique Brunneman. Lauterbach. *ff. eod. §. 1.* Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 36.* Generale autem est hoc interdictum, neque solùm hæreditati & legato commune, sed ex quacunque causâ, aut rei servandæ, aut legatorum, aut ventris nomine, quis sit immissus, eô semper agi potest, quemadmodum disserit Ulpianus *in l. 1. §. 2. ff. hoc tit.* jungatur Lauterbach *ff. eod. §. 1.*

Actio verò, quæ ex hoc interdicto defluit, est actio Prætoria, in factum, pœnalis, causa ejus instrumentalis, seu remota, est delictum, factum nempè dolosum, quod ex primô decretô immissos non admittendô, aut immissos turbandô, aut expellendô perpetratur, *l. 4. §. 1. ff. ne vis fiat ei, &c.* causa proxima est obligatio. 2

Subjectum activum efformant immissi ex primo Decreto, sed prohibiti, turbati, aut dejecti, sive suo, sive alienô nomine; *l. 2. ff. eod.* nec interest, ex quâ causâ quis sit immissus (quemadmodum superiùs est annotatum) an rei servandæ, legati, 3

ti, ventris, aut damni infecti nomine: *l. 4. ff. cit. tit.* indulgetur & horũ hæredibus. *l. 1. §. 8. ff. ibid.*

4 Non difficulter etiam ex his deductis liquet, adversùs quos hæc actio porrigatur, contra illos nempè, per quos factum eſt, quò minùs immiſſi tranquillè detentionem inchoare, aut continuare poſſint, *l. 1. §. 3. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ. miſſ.* &c. ſive id impedimentum per ſe, ſive per alios fecerint, quemadmodum pater per filium, Dominus per ſervum, *dict. l. 1. §. 7. ff. eod.* in hæredes autem non datur, niſi ex turbatione vel dejectione ad eos aliquid pervenerit, *l. 1. §. fin. ff. cit. tit.* ratio eſt aliunde nota, quòd actiones ex delicto deſcendentes in hæredes non tranſeant, per tradita *in prælimin. obſerv. 5.* Excipitur tamen caſus, quô quis legatorum vel fideicommiſſorum ſervandorum causâ immiſſus turbatur, tunc enim in favorem ſupremâ voluntate relictorum adversùs hæredes turbantis porrigitur, & quidem perpetuò, cujus ratio eſt, quia in eorum facultate conſiſtit, oblatâ cautione hoc interdictum declinare; *l. 1. §. fin. ff. hoc tit.* idem defenditur de caſu, quô quis ex causâ damni infecti eſt immiſſus. *l. 17. §. 3. ff. de damn. infect.* Lautterbach *ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ. &c. §. 5.* Widmont *ff. eod. n. 28.* Contra pupillum & furioſum hæc actio non datur, quia effectu caret, niſi ſint doli capaces, tunc enim contra hos moveri poteſt, quemadmodum aliæ actiones ex delicto deſcendentes. *l. 1. §. 6. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ.* &c. Menoch. *de remed. retin. poſſeſſ. remed. 1. n. 70.* Oldendorp. *claſſ. 2. action. 5. n. 5. in fin.* Petr. Myllerus *in not. ad Struv. ſyntagm. jur. Civil. exercit. 45. theſ. 36.* quòdſi tutor immiſſum prohibuit, aut turbavit, datur in pupillum hæc actio, ſiquidem nomine & ex causâ pupilli prohibuit, modò ſolvendo ſit tutor, ut adversùs eum pupillus regreſſum habere poſſit, aliàs enim huic interdicto locus non foret; Struv. *dict. loc.* quin & ipſe tutor hac pulſari actione poteſt. *dict. l. 1. §. 6. ff. eod.*

Objectum hujus actionis conſtituit, quanti ea res eſt; id eſt, 5 quanti intereſt, immiſſum ex decreto Judicis fuiſſe prohibitum, turbatum, vel expulſum, tanti reus condemnatur. *l. 1. §. 5. & l. 4. §. 2. ff. hoc tit.* vide latè differentem Petr. Myller. *in not. ad Struvium dict. loc. theſ. 37.* quando igitur actoris non intereſt, eò quòd ex falsâ, vel nullâ causâ ſit immiſſus, ceſſat hoc interdictum. *l. 1. §. 5. ff. eod.* Menoch. *dict. remed. retinend. poſſeſſ. 1. n. 15.* Lautterbach *ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ. miſſ. &c. §. 6.* Oldendorp. *claſſ. 2. act. 5. n. 6.* Cœterùm moveri quidem poteſt hæc actio mox à tempore factæ prohibitionis, vel turbationis, duratque per annum ad inſtar aliarum actionum prætoria-

riarum pœnalium, quæ annali decursu circumscribuntur. *l. 35. ff. de O. & A.* Excipitur 1. si ad hæredes aliquid sit transmissũ, 2. quando ex causa legatorum aut fideicommissorum immissio facta est, his enim casibûs perpetua est. *l. 1. §. fin. ff. ne vis fiat ei, qui in poss. ess. &c.* Hodie solent mandata decerni sine clausulâ, vel saltem manutenentiæ. David Mævius *part. 4. decis. 97.*

ACTIO

Ex Interdicto de Tabulis exhibendis.

SUMMARIUM.

1. *Quid nomine* Tabularum *veniat?*
2. *Describitur Actio hujus interdicti.*
3. *Qualis sit differentia inter hoc interdictum, & actionem ad exhibendum?*
4. *Cui detur hæc actio?*
5. *Adversùs quem competat?*
6. *Quodnam sit ejus objectum?*
7. *Quibûs casibûs cesset?*

1 VIgesimam primam sedem obtinet Actio ex Interdicto de Tabulis exhibendis, quarum nomine hic intelliguntur scripturæ solummodò supremarum voluntatũ, sive dein sit testamentum scriptum, sive nuncupativum in scripturam translatum, aut alia species ultimi elogij, codicillus, vel Epistola, per textus apertos *in l. 1. §. 2. & 5. ff. de tabul. exhib. l. 2. §. 2. ff. testam. quemadm. aper. l. 4. Cod. eod.* Wesenbec. *ff. de tabul. exhib. n. 3.* Nec refert ulteriùs, sive testamentum fuerit validum, sive ab initiô inutiliter conditum, aut exinde ruptum, vel denique ab eo ordinatum, qui facultate testandi erat destitutus, quemadmodum post Struvium *syntagm. iur. Civil. exercit. 45. thes. 45.* enarrat Brunnem. *in l. 1. ff. de tabul. exhib.* Verbum *exhibere* autem denotat facere copiam rei aut materiæ apprehendendæ, *l. 3. §. 8. ff. eod.* & olim quidem apud Prætorem, hodie verò apud Magistratum, *dict. l. 3. §. 9. ff. cit. tit.* ut ejus auctoritate admoniti obsignatores veniant ad recognoscenda signa sua, & si fortè non obtemperent, cœrceantur à Prætore. *dict. l. 3. §. 8. ff. de tabul. exhib.*

2 Jam verò actio ex hoc interdicto defluens describi potest, quòd sit Prætoria in factum, personalis, rei

rei persecutoria, in rem scripta; perpetua, cujus causa remota instrumentalis est delictum, seu contumacia & dolus tabulas non exhibentis, *l. 1. §. 1. l. 3. §. 6. & 14. ff. eod.* causa proxima est obligatio. Consulatur Eckolt *ff. de tabul. exhib. §. 3.* Lautterbach *ff. eod. §. 2.* Petr. Myllerus *in not. ad Struv. dict. exerc. 45. thes. 42.*

3 Videtur equidem ex eo capite hoc interdictum seu actio esse superflua, quoniam in his casibus locum sibi arrogare videtur actio ad exhibendum; sed tametsi in eo actioni ad exhibendum hoc interdictum assimiletur, quòd similiter præparatorium sit ejus actionis, quâ exinde rem persequi intendimus, Perez *ad Cod. de tabul. exhib. in fin.* quódque non secùs ac actio ad exhibendum adversùs quemvis porrigatur possessorem, Zoesius *ff. eod. n. 4.* Myllerus *in not. ad Struv. dict. loc.* notabiles tamen hoc interdictum inter & actionem ad exhibendum interjiciuntur differentiæ, & 1. quidem in eo dissident, quòd hoc interdictum solummodò possessorium, actio verò ad exhibendum respiciat petitorium, ideóque 2. actione ad exhibendum petimus nobis exhiberi rem, quæ nostra est, quámque exinde proponimus vindicare, *l. 3. §. 5. ff. de tabul. exhib.* actione verò ex hoc interdicto promanante haud petimus rem nostram, sed tabulas, in quibus nobis est aliquid relictum. 3. actio ad exhibendum datur contra eum, qui fatetur tabulas apud se existere, at in tali casu hoc interdictum cessat, solùm enim contra negantem competit, *l. 1. §. 1. ff. eod.* contra fatentem verò & exhibere recusantem executio manu militari est decernenda, quâ tabulæ extorqueantur. Brunnem. *in l. 1. ff. dict. tit.* vide Duarenum *lib. 2. anniverſ. disputat. cap. 34.* 4. actio ad exhibendum pro tabulis soli competit hæredi, interdictum verò omnibus, queis in suprema voluntate aliquid est relictum, petuntur enim tabulæ, quæ non sunt singulorum, sed universorum, quibus aliquid est adscriptum, adeóque instrumentum potiùs est publicum, quàm unius hominis, quemadmodum loquitur Ulpianus *in l. 2. ff. testam. quemadm. aper.* hujus verò nomine actio ad exhibendum non datur. Wisenbach *ff. de tabul. exhib. thes. 20.* de quibus differentijs consulatur Anton. Perez. *in Cod. eod.* Petr. Myller. *in not. ad Struv. dict. exercit. 45. thes. 2.*

Porrò subjectum activum efformant omnes, quorum interest tabulas exhiberi, ij nimirum, quibus in testamento aliquid est adscriptum, *l. 3. §. 10. ff. de tab. exhibend.* quales sunt legatarij, & fideicommissarij, nullô interpositô discrimine, an purè, an sub conditione quid relictum sit. *l. 3. §. 13. ff. eod.* Quô in passu dubium subori- 4

oritur, quomodo constare queat, alicui quidquam esse relictum, cùm tabulæ nondum sint inspectæ? ℞. constare posse aut per testes, qui actui testandi vel disponendi præsentes fuerunt, ut arbitratur Donellus *in l. unic. Cod. hic*, aut per conjecturas & præsumptiones, si defuncto sanguine, vel singulari necessitudine conjunctus quis fuerit, quales sunt consanguinei, affines, uxor, fidelis minister, præsertim si præviè se ad juramentum calumniæ offerunt. vid Struvius *dict. exercit. 45. thes. 43.* Brunnem. *in l. 3. ff. de tabul. exhib.* Lautterbach *ff. eod. §. 4.* Porrò concessa est hæc actio etiam horum hæredibus, atque successoribus, *l. 3. §. fin. ff. eod.* ibique Glossa & Brunnemann. Oldendorp. *class. 5. act. 1.* testatori verò ipsi hæc actio non est prodita, cùm tantummodò ad defuncti tabulas hoc interdictum pertineat, *l. 1. §. 10. ff. cit. tit.* hinc testator adhuc vivens tabulas tanquam suas vindicare potest; *l. 3. §. 5. ff. de tabul. exhib. l. 3. ff. testam. quemadm. aper.* quod itidem asserendum est de hærede, qui hæreditatem adivit, ratio est, quia pariter per hæreditatis aditionem factus est tabularum Dominus, & hinc ordinaria sortitus est remedia, *cit. l. 3. §. 5. ff. eod. l. 3. ff. testam quemadm. aper.* quibus autem præstituta sunt remedia ordinaria, ijs extraordinaria denegantur. Aliter econtra statuendum erit de illo, qui hæreditatem non adivit, *per l. unic. Cod. de tabul. exhib.* & *l. 3. §. 12. & 15. ff. eod.* quare si hæres scriptus ob legitimas causas de adeundâ vel repudiandâ hæreditate deliberat, solummodò jus ad rem obtinet, per consequens actionem realem adhuc non movere potest, sed solummodò hoc interdictum, quemadmodum liquet ex *dict. l. un. Cod. hic*, cùm ei hæreditas equidem sit delata, non verò plenè acquisita. vide Lautterbach *in disput. de interdict. thes. 36.*

Subjectum passivum constituunt personæ, adversùs quas hæc actio locum invenit; potest autem in genere moveri adversùs omnes, qui tabulas detinent, easque detinere se negant, quive detentas exhibere abnuunt, aut exhiberi non oportere mordicùs asserunt. In specie concessa est hæc actio 1. contra illum, apud quem tales tabulæ sunt depositæ, pariterque adversùs deponentem, *l. 7. §. 2. ff. de tabul. exhib.* prior tamen posteriorem nominandô litis molestias à se amoliri potest. Bartolus *in l. 3. §. 2. ff. eod.* 2. datur contra Æditu um, qui ædium tuitionem gerit & tabularium, seu Notarium. *l. 3. §. 3. ff. de tab. exhib.* 3. porrigitur adversùs illum, qui dolô fecit, quò minùs tabulæ apud eum exstent. *l. 3. §. 6. ff. eod.* 4. quando pupillus detinet tabulas, atque dolô tutoris detinere desiit, non pupillus, sed tutor est conveniendus. *l. 4. ff. cit. tit.* 5

6 Objectum hujus actionis est tabula-

bularum exhibitio, ejúsque, quod interest, præstatio; petitur itaque 1. ut facultas fiat, coram Prætore vel Magistratu tabulas inspiciendi, legendi, atque describendi. *l. 1.* & *l. 2.* §. *5. ff. testam. quemadm. aper.* vocat namque Magistratus Signatores ad recognoscenda sigilla, qui si non comparent, condignè coercentur; *l. 3.* §. *9. ff. de tabul. exhib.* si verò sententiæ non obtemperat is, à quo tabularum exhibitio ex postulata, tunc condemnatur ad interesse & æstimationem illius, quod actor in tabulis sibi assignatum esse summariè probaverit, & quidem si hæredi non fuerint exhibitæ tabulæ, æstimatio totius hæreditatis, si legatario sint denegatæ, tantum, quantum est in legato, in actionem hanc deducitur; *l. 3.* §. *13. & 15. ff. de tabul.* & tametsi legatum solummodò foret sub conditione relictum, non tamen obstringitur legatarius cavere de restituendo in casum deficientis conditionis legato, per text. apert. *in l. 3.* §. *14. ff. eod.* cujus ratio ibidem redditur, quia hoc casu reus solvit pœnam contumaciæ; hinc post Brunneman. *in l. 3. ff. cit. tit. n. 6.* docet Lauterbach *ff. eod.* §. *9.* posse actorem hanc æstimationem salvâ conscientiâ retinere, eámque ob rem acceptatio hujus pœnæ non tollit actionem adversùs hæredem ad ipsum legatum petendum, cùm pœnæ non tollant rei persecutionem, *l. 7.* §. *1. ff. de condict. furtiv.* nisi hæres ipse ob non factam tabularum exhibitionem contumaciæ pœnam præstiterit, tunc enim exceptione doli actor submoveretur, per text. Litteral. *in l. 3.* §. *15. ff. de tabul. exhib.* Widmont. *ff. eod. n. 27.* Struvius *Syntagm. iur. Civil. exercit. 45. thes. 46.* ibique Petr. Myller. *in not.*

Perpetuam hæc actio vitam obtinet, quoniam ex naturâ suâ est rei persecutoria, principaliter enim ad exhibitionem tabularum collimat, & solummodò per accidens ob contumaciam pœnam à reo præstandam persequitur, ad instar actionis quod metûs causâ; quemadmodum igitur in hac metum inferens, parendò imperiò Magistratûs, à pœnâ quadrupli liberare se potest, ita & in hoc interdicto tabulas exhibendô, pœnam contumaciæ declinare reo est integrum. Cessat autem hæc actio in duobus casibus, per Javolenum *in l. fin. ff. de tabul. exhib.* exceptis; primus eorum est, quô hæreditatis controversia pendet ex tabulis, quarum exhibitio petitur, alter, quô instituta est accusatio falsi, ratio redditur, ne fortè rei in eorum perniciem intervertant tabulas, cum quibus res ipsis futura est, unde consultius habetur, in æde sacrâ, vel apud virum idoneum tabulas deponere. videatur Hilliger *in Donell. comment. jur. lib. 15. cap. 36. litt. D.* Brunneman. *in dict. l. fin. ff. de tabul. exhib.* 7

ACTIO

Ex Interdicto, Ne quid in loco Sacrô fiat.

SUMMARIUM.

1. *Describitur Actio ex hoc interdictô defluens.*
2. *Deducitur hujus Interdicti subjectum activum,*
3. *Et passivum.*
4. *Adversùs quem detur Interdictum utile.*
5. *Tangitur objectum.*

1 VIgesimô secundô locô succedit Actio ex Interdictô, Ne quid in locô sacrô fiat. Ordinis & connexionis ratio assignatur, quòd, cùm in antecedentibus Interdictis actum sit de rebus privatis per universitatem acquirendis, percurrenda dehinc sit materia rerum singularium, tam Divini, quàm humani juris. Hoc itaque interdictum est de rebus Divinis, de quibus ait Prætor in suô Edictô, *in locô sacrô facere, inque eum quid immittere veto*, accipitur verò hîc vocabulum *locus sacer* non tam presſè, ut excludat locum sanctum, portas & muros Civitatis. *l. 2. ff. ne quid in loco sacro &c.* Est igitur actio ex hoc interdictô orta personalis, Prætoria in factum, popularis, cujus causa remota est delictum, illicita nempè & contra Edictum Prætoris in locum sacrum facta operis alicujus immissio, deformitatem loci & incommodum substernens, causa proxima est obligatio. Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 49.* Eckolt. *ff. ne quid in loc. sacr. &c. §. 1.*

2 Datur hæc actio equidem omnibus de populo, *l. 2. §. 2. ff. eod.* Struvius *dict. exercit. 45. thes. 50.* Eckolt *ff. cit. tit. §. 2.* Lauterbach *eod. thes. 3.* præferuntur tamen, quemadmodum in alijs actionibus popularibus, illi, quorum præ alijs interest, nihil ad deformitatem & inconvenientiam loci sacri vel sancti esse constructum aut immissum, quales sunt Æditui, & alij, quibus cura horum locorum est demandata. *l. 1. §. 3. ff. ne quid in loc. sacr. &c.*

3 Porrigitur hoc interdictum adversùs illos, qui parant opus aliquod in deformitatem & incommodum loci sacri vel sancti; Nomine verò operis intelligitur hîc tam illud, quod quis destruit, quàm quod instaurat, quemadmodum si quis parat ligna, lapides, aliámve futuro ædificio subservientem materiam, quæ ad deformitatem loci Sacri vel sancti collimet, nemini namque licet in

in muris civitatis aliquid exstruere, in ijs habitare, aut portam aperire ob periculum proditionis, aut alterius imminentis periculi, vide relatos apud Petr. Myller. *in not. ad Struvium dict. exercit. 45. thes. 49.* Cœterùm hoc interdictum equidem est prohibitorium, *l. 1. ff. ne quid in loc. sacr. &c.* si verò jam quid ædificatum aut immissum sit, erit restitutorium.

4 Utile hoc interdictum concessum est contra illos, qui in loca sacra aliter quàm immittendô aut exstruendô injurij assurgunt, valvas v. g. vel fenestras lapidibus infestando, stercore conspurcandô, aut ad limites, limina, atque parietes fimeta & diversi generis purgamenta affundendô, ratio est per se manifesta, quoniam interdictum directum solummodò agit de operibus, in superiùs verò adductis casibus nihil tale fieri videtur. Eckolt. *ff. ne quid in loc. sacr. &c.* Petrus Myller. *in not. ad Struvium Syntagm. Jur. Civil. exercit. 45. thes. 49.* Lauterbach. *ff. eod. §. 3.*

Datur verò hoc interdictum ad id, ne in locô sacrô vel sanctô quid exstruatur, vel in eum immittatur, aut si quid est jam exstructum, vel immissum, ut destruatur, & in pristinum redigatur statum. *l. 1. l. 2. §. 19. ff. ne quid in loc. sacr.* Casu verò, quô quis hodie temerè Epitaphium aut subsellia familiæ alicujus Gentilitia absque consensu in Ecclesijs removit, præter hoc interdictum actionem quoque injuriarum admittit Parisiens. *vol. 5. consil. 149.* Cœteroquin hæc actio, ut plerumque actiones Prætoriæ, durat per annum, Casparus Klock. *vol. 3. consil. 166. n. 35.* 5

ACTIO

Ex Interdicto de locis & Itineribus publicis, & ne quid in loco publico vel itinere fiat.

SUMMARIUM.

1. *Describitur Actio hujus Interdicti.*
2. *Subijcitur subjectum tam activum, quàm passivum.*
3. *Quotuplex sit via.*
4. *Deducitur alia specialis actio, ejúsque requisita.*
5. *Cui illa detur.*
6. *Adversùs quos porrigatur.*
7. *Quid persequatur.*
8. *Subijcitur aliud speciale interdictum.*
9. *Annectitur tertium.*
10. *Describitur quartum,*

Vi-

1 Vigesimam tertiam stationem occupant Actiones ex Interdictis de locis & itineribus publicis, & ne quid in loco publico vel itinere fiat. Prima harum actionum est generalis, describique potest, quòd sit Actio in factum Prætoria, personalis, rei persecutoria, cujus causa remota est delictum, seu factum illicitum, quô quis impedimentum ponit, per quod usus rei alicujus publicæ non omnibus liberè pateat, causa proxima est obligatio. *l. 1. ff. de loc. & itinerib. publ.*

2 Datur omnibus de populo adversùs illos, qui usum rei cujusdam publicæ modô illegitimô impediunt; res verò publicæ dicuntur, quarum proprietas est certi populi, usus verò omnibus patet, & ad omnium utilitatem spectat, *l. 15. l. 16. ff. de V. S. l. 1. ff. de loc. & itin. publ.* quales sunt viæ, & itinera publica, plateæ, areæ, insulæ, *l. 2. §. 3. ff. ne quid in loc. publ.* littora maris.

3 Porrò viæ aliæ sunt publicæ, aliæ privatæ, aliæ denique vicinales; publicæ ortum videntur habere à jure gentium, & frequentissimo hominum commeatu, per quem tritæ sunt, nec enim Principis seu Magistratûs imperium hoc in passu quidquam operari potest, nisi accedat commeantium frequentia; quoad determinationem verò haud dubiè magis ab auctoritate legis vel Magistratûs dependet, quàm privatorum, *l. 8. ff. de servit. rustic. præd.* tametsi viam publicam etiam præscriptione legitimâ constitui posse non sit ambigendum. Hodie verò in regalia referuntur viæ publicæ. videatur Petrus Myller. *in not. ad Struvium Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 55.* Viæ privatæ seu agrariæ duplici ratione accipi possunt, aut propriè, quæ nimirum alicui competunt in alienô solô, quod servitutem debet, aut impropriè, quæ equidem etiam ad agros ducunt, sed per quas omnibus transire licet, & à via publicâ divertere; viæ hæ potiùs sunt publicæ. *l. 2. §. 23. ff. ne quid in loc. publ.* Vicinales verò sunt, quæ de viciniâ in viciniam ducunt, & plerumque ex agris privatorum sunt factæ, *l. 3. ff. eod.* quæ & ipsæ ad vias publicas reduci possunt, si ex privatorum agris determinatæ non sunt *l. 2. §. 22. ff. ne quid in loc. publ.* Quando itaque in viâ publicâ, aut etiam vicinali opus quoddam exstruitur, aut cloaca immittitur, aut aliud impedimentum interponitur, quod ab usu rei talis publicæ communitatem arceat, adversùs impedientem, ut suprà assertum est, porrigitur hoc interdictum, ut ab eo opere desistat.

Alterum ex his Rubricis defluens interdictum, seu ex eo enata actio est specialis, personalis, Prætoria in factum, rei persecutoria ex parte saltem agentis; Oldendorp. *de action. class. 6. act. 17.* Lauterbach *ff. hic §. 1.* Struvius *Syntagm. jur. civil. exercit. 45. thes. 57.* ibique Petr. Myllerus *in not.* causa ejus remota est delictum, illicita scilicet 4

ædi-

ædificatio, aut operis alicujus immissio, in locô publicis & privatis utilitatibus destinatô facta, *l. 2. §. 1. & 2. ff. ne quid in loc. publ.* caussa proxima est obligatio; quæ autem illa sint loca, superiùs est annotatum. Ad hoc itaque, ut hæc actio concedatur, exposcitur 1. ut locus publicus sit extra civitatem, de locis enim in Civitate sitis in subsequenti interdicto agetur, hinc si opus aliquod exstructum sit in locis, quæ sunt de patrimonio alicujus Principis aut fisci, denegatur hoc interdictum. *l. 2. §. 4. ff. eod.* Exigitur 2. ut opus intentetur, vel factum sit ad detrimentum, quod publico & privato usui obsit, *l. 2. §. 5. ff. cit. tit.* sive dein id fiat exstruendô, sive immittendô. *dict. l. 2. §. 6. ff. eod.*

5 Datur hoc interdictum ei, qui ab opere futuro seu intentatô damnum pertimescit, qualecunque demum illud sit, modò commodum amittat, quô publicô fruitur; in specie verò si prospectus, aut aditus deterior, vel angustior fiat. *l. 2. §. 12. ff. hic.* competit 2. illius hæredibus. Oldendorp. *class. 6. act. 17.* 3. datur omnibus de populo; *l. 2. §. 5. & 34. ff. ne quid in loc. publ. l. 1. ff. de loc. & itin. publ.* 4. tametsi illi, qui in mari navigare, in publico balneô lavare, aut in campô publicô ludere prohibentur, ad actionem injuriarum potiùs, quàm hoc interdictum recurrere debeant, *l. 2. §. 9. ff. ne quid in loc. publ.* multi tamen Auctores utile hoc interdictum admittunt. Petr. Myller. *in not. ad Struvium Syntagm. jur. Civil. dict. exercit. 45. thes. 58.* D. à Widmont *ff. ne quid in loc. publ. n. 5.* & alij, præsertim Lauterbach *ff. eod. §. 3.*

Conceditur contra illum, qui in 6
publico aliquid molitur, quod publicam vel privatam constringit utilitatem, tametsi permissio Principis accedat, talis enim à Principe facta concessio in præjudicium & injuriam alterius nihil operatur. *l. 2. §. 10. ff. ne quid in loc. publ.* 2. porrigitur adversùs illum, qui in mœniano aliquid immissum, & in locum publicum porrectum, aut in hastâ suspensum habet, quod lumini vel prospectui nocet. *l. 2. §. 6. & 7. ff. ne quid in loc. publ.* confer. Brunneman. *in l. 2. ff. eod. à n. 10.* Struvius *Syntagm. Jur. Civil. cit. exercit. 45. thes. 59.* ibique Myllerus. 3. etiam adversùs hæredes porrigitur, si quid in publico attentatum vel factum possideant. Oldendorp. *class. 6. act. 17.*

Datur hoc interdictum, ut opus 7
in publico non exstruatur, & eô nomine sufficiens cautio præfigatur. *l. 2. §. 18. ff. ne quid in loc. publ.* Struvius *dict. loc. thes. 60.* Lauterbach *ff. eod. §. 5.* casu verò, quô quid jam est ædificatum, si nemine prohibente id effectum sit, submoveri non debet, quia interdictum hoc non est restitutorium; quòd si opus exstructum publicæ quidem obstet, sed magnum non afferat detrimentum utilitati, tunc pensio illi,

li, ſeu vectigal imponi poteſt, *l. 2. §. 17. ff. ne quid in loc. publ.* ſi verò major afferatur læſio, per Procuratorem operum publicorum, vel officiô Judicis deſtruendum eſt, exſtruens autem ſolam præſtare debet patientiam. *l. 2. §. 43. ff. eod.* Struvius *dict. exercit. 45. theſ. 60.* Lauterbach *ff. eod. §. 5.* Widmont *eod. loc. n. 10.* Klock. *de contribut. cap. 1. n. 107.* quando verò quis adversùs imperium & Edictum Prætoris aliquid ædificat, ipſe opus tollere debet, quoniam aliàs inane, & luſorium Prætoris Imperium erit, ut ait Ulpianus *in l. 7. ff. hic.*

8 Alterum ſpeciale interdictum proditur in *dict. l. 2. §. 20. ff. hoc tit.* quô cavetur, ne quid in viâ publicâ fiat vel immittatur, quô loci conditio deterior fiat. Deſcribi actio inde deſcendens poteſt, quòd ſit in factum Prætoria, perſonalis, rei perſecutoria, popularis, perpetua, *l. 2. §. 34. ff. eod.* cujus cauſa remota pariter eſt delictum, injuſta nimirum, & contra Prætoris Edictum attentata ſeu parata in viâ publicâ ædificatio, proxima eſt obligatio. Datur omnibus de populo, *dict. l. 2. §. 34. ff. ne quid in loc. publ.* Struvius *cit. exercit. 45. theſ. 63.* Lauterbach *ff. eod. §. 10.* quin & forenſibus, Klock. *vol. 3. conſil. 149.* adversùs eum, qui in publicâ viâ vel itinere publico quid facere vel immittere parat, quô fiat via deterior. *l. 2. §. 20. ff. ne quid in loc. publ.* cenſetur autem via fieri deterior, ſi ſecuritati ejus aut puritati incommodum fiat, ſi cloaca v. g. immittatur, *l. 2. §. 26. & 29. ff. ne quid in loc. publ.* aut animalia noxia ibi paſcantur, *dict. l. 2. §. 30. ff. eod.* aut denique foſſa, ſpecus, vel ponticulus fiat. *cit. l. 2. §. 31. ff. dict. tit.* conferatur Molina *de Iuſtit. & Jur. diſput. 707. n. 16.* Cœteroquin interdictum hoc eſt ſolummodò prohibitorium, hinc eô tantùm caſu conceditur, quô opus paratur, aut inchoatum jam eſt, ad hoc, ut de non perficiendo ſufficiens præſtituatur Cautio, *l. 2. §. 18. ff. ne quid in loc. publ.* & reus in id, quod intereſt, condemnetur. *cit. l. 2. §. 24. ff. eod.*

Tertium ſpeciale, & quidem ex eadem cauſâ ortum, & *in l. 2. §. 35. ff. ne quid in loc. publ. &c.* proditum interdictum non perinde ac præcedens prohibitorium, ſed reſtitutorium eſt, deſcribique actio inde enata pariformiter poteſt, quòd ſit perſonalis, in factum Prætoria, rei perſecutoria, popularis, cauſa remota eſt itidem delictum, quod ædificatione vel immiſſione rei alicujus, per quam deterior facta eſt via, conſummatum fuit, proxima eſt obligatio. Conceditur omnibus de populo, adversùs eum, qui aliquid factum aut immiſſum in viâ publicâ poſſidet, quod quovis modô nocet, ad hoc, ut illud reſtituat. *l. 2. §. 25. & §. 35. ff. ne quid in loc. publ.* Reponere autem debet in priſtinum ſtatum, & quidem ſuîs ſumptibus, *l. 2. §. 43. ff. eod.* nec refert, ſive ipſe opus, aut alter con-

confecerit, modò possideat, vel dolô malô fecerit, quò minus possideat; *l. 2. §. 42. ff. dict. tit.* si autem restituere recusat, ad id, quod actoris interest, in pœnam contumaciæ fit condemnatio. *l. 2. §. 44. ff. ne quid in loc. publ.* Cœteroquin perpetuum est quoad durationem hoc interdictum. *dict. l. 2. §. 44. ff. eod.*

10 Postremum seu quartum speciale interdictum est proditum *in l. 2. §. fin. ff. ne quid in loc. publ.* Actio verò, quæ inde descendit, delineari potest, quòd sit in factum Prætoria, personalis, ex parte Actoris rei persecutoria, popularis; causam ejus remotam æquè ac antecedentium interdictorum constituit delictum, temeraria nimirùm prohibitio, & vis adhibita, quò minùs quis ire, agere, vel quôvis modô uti viâ vel itinere publico queat. *tit. l. 2. §. fin. ff. ne quid in loc. publ. vel itin. fiat.* Datur cuivis de populo contra impedientes usum viæ aut itineris publici, publica siquidem deposcit utilitas, ut quis sine metu & periculo per viam publicam commeare & remeare queat. *l. 1. §. 1. ff. de his, qui effud. vel deiec.* hinc etiam porrigitur adversùs territoriorum Dominos, si cui ob periculum spoliationis securè per viam publicam permeare non licet, cùm his incumbat Cura, territoria sua à malis hominibus purgandi, eósque persequendi. vide Besold. *in thesaur. pract. in verb.* streiffen. Adamus Lauterb. *ff. ne quid in loc. publ. §. 14.* Oldendorp. *class. 1. act. 9.* Datur ad id, quod interest liberum transitum aut vecturam non esse impeditam. Excipiuntur autem tanquam indigni ab hac securitate commeantibus præstandâ 1. hostes; *l. 2. §. 4. Cod. de Offic. Præfect. prætor. Afric.* 2. Exploratores, *l. 6. §. 4. ff. de re milit.* 3. milites palantes & alij vagabundi; *Recess. Imperij de ann. 1577.* 4. validi mendicantes, vulgò starcke Bettler / und andere Müssiggänger; *Reformat. Politic. de ann. 1530. tit. 34.* queis hodie 5. accensendi veniunt fictitij Ægyptij, vernaculâ voce Zügeiner / qui in omni impostura & quavis scelerum colluvie sunt artifices; 6. denique in aliquibus Regnis ac territorijs arcentur quoque Judæi, fæx hominum fallendi & Christianos decipiendi calliditate præcipuè infamis, quemadmodum in Hispania & Anglia obtinet; de quibus omnibus videatur Petrus Myllerus *in not. ad Struvium Syntagm. Jur. Civil. exercit. 45. thes. 69.*

ACTIO

In factum ex Interdicto de locô publicô fruendô.

SUMMARIUM.

1 *Qualis sit hac actio, & quibus detur,*

2 *Deducitur objectum, quod persequitur.*

1 Vigesima quarta est Actio ex Interdicto de locô publico fruendô prognata. Defenduntur per hoc interdictum in specie illi, qui loca publica aut reditus publicos conduxerunt, ipsa verò actio est in factum Prætoria, personalis, ex parte saltem actoris rei persecutoria, non tamen, quemadmodum præcedentes, communis & popularis, sed solis Publicanis propria. Datur igitur hæc actio inprimis Conductoribus locorũ & redituum publicorum, eorúmque hæredibus. 2. etiam horum socijs & quidem absque cessione conceditur, ex singulari Juris dispositione, quoniam aliàs socius agere nequit, nisi actione cessâ, *l. 3. ff. pro soc.* per socium autem intelligo, quem suô sibi periculô Publicanus assumpsit. Brunnem. *ff. de loc. publ. fruend. n. 4.* Petrus Myller. *in Struv. dict. exercit. 45. thes. 71.* Competit 3. etiam illi, qui à Superiore obtinuit licentiam erigendi statuas Principum, & alia ornamenta, atque in hoc fuit impeditus. *l. 2. ff. de loc. publ. fruend.* Porrigitur adversùs eum, qui impedit, quò minùs secundùm conductionis leges Publicano frui locis & reditibus publicis sit integrum, *l. 1. §. 3. ff. eod.* atque contra illos, qui vectigal solvere detrectant, est enim hoc interdictum prohibitorium, & retinendæ possessionis, videatur Petrus Myllerus *in not. ad Struv. dict. exercit. 45. thes. 72.* Oldendorp. *class. 4. act. 12.* non verò protenditur adversùs impedientis hæredem, cùm nascatur ex delictô, ex quô plerumque ad hæredes nihil pertingit. Oldendorp. *de action. dict. loc.*

Objectum hujus actionis est, ut liceat juxta conductionis legem locô & vectigalibus publicis uti, *dict. l. 1. §. 3. ff. de loc. publ. fruend.* est enim hoc interdictum publicæ utilitatis causâ introductum, siquidem eô publici fisci obventus defenduntur. Wesenbec. *ff. de loc. publ. fruend.* Differunt autem Publicani à privatis conductoribus in eo, quòd priores habeant jus in re, non verò posteriores. *l. 1. §. 3. ff. de superfic. l. fin. Cod. de locat. præd. Civil.* Vallascus *de Jur. Emphyteut. quæst. 29.* Postremo notandum est, hoc interdictum vitam habere perpetuam, cùm actio ex parte actoris saltem sit rei persecutoria. Oldendorp. *dict. loc.* 2

ACTIO

ACTIO

Ex Interdictis de viâ publicâ, & siquid in eâ factum esse dicatur, & de viâ publicâ & itinere reficiendô.

SUMMARIUM.

1. *Quibus Cura viarum urbanarum successivè fuerit demandata.*
2. *In quo constiterit officium Ædilium.*
3. *Qualis exinde oriatur actio, cuique illa & adversus quem detur.*
4. *Quid sit Actio via rejecta, & quodnam ejus subjectum activum, ac passivum.*

1 VIgesimô quintô locô succedunt Actiones, quæ ex Rubricis Digestorum, *de Viâ publicâ, & si quid in eâ factum esse dicatur*, & *de viâ publicâ & itinere publicô reficiendô* enascuntur. Postquam igitur in præcedentibus expositum, qualiter custodiendæ sint viæ publicæ, de quibus Prætor ipse edixit, & curam in se suscepit, dehinc aliqua subijcienda sunt de vijs urbanis, quarum Cura primò Censoribus fuit demandata, ut depromere licet ex Cicerone, *libr. 3. de Legib.* asserente: *Censores urbis templa, vias, atque ærarium & vectigalia tueantur*; postquam autem isti alijs altioris indaginis officijs distringi cœperunt, in Quatuorviros hæc cura est transcripta, qui Viri curandarum viarum dicebantur; *l. 2. § 30. ff. de Orig. Jur.* postremò hoc officium ad Ædiles Currules devolutum est, quemadmodum desumitur ex *l. 40. l. 41. & l. 42. ff. de Ædilit. Edict. l. 12. ff. de pericul. & commod. rei vendit. l. unic. ff. de viâ publica.* Videatur Struvius *Syntagm. Jur. Civil. exercit. 45. thes. 74.* Lautterbach *ff. de viâ publ. & siquid in ea &c. §. 1.* Widmont. *ff. eod. n. 2.*

Pro exactâ igitur viarum Urbicarum tuitione officium Ædilium Currulium in sequentibûs solidabatur, ut ex singulari librô Papiniani *de Offic. Ædil.* patet; & quidem 1. in genere studeant, ne quid fiat aut immittatur in viam publicam, per quod vicinis ædibus damnum inferatur, aut ipsa via deterior fiat, *l. un. ff. de viâ publ.* in specie verò 2. curare debent, ut Viæ adæquentur, & pontes fiant, ubicunque convenit, *cit. l. un. in princ. ff. de viâ publ.* ne effluxiones obsint ædibus & ædificijs. 3. provideant, ne parietes domorum sint labiles & caduci, *dict. l. 1. §. 1. ff. eod.* 4. ne quis vias effodiat, subruat, aut 2

in illis quid positum habeat, quod transeuntibus impedimentum objiciat, hinc ad officinas nihil positum esse oportet, nisi sit fullo vestimenta siccans, aut faber currus exterius ponens. *l. 1. §. 2. & 4. ff. de viâ publ.* 5. ne in vias publicas projiciantur fimeta, sterquilinia, pelles, morticinia & alia fœtida. *l. unic. §. 4. ff. eod.* conferatur Molina *de Just. & Jur. disput. 707. n. 20.* Lautterbach *ff. hoc tit. §. 3.* Reparationem viarum quod attinet, illa cuilibet coram suis ædibus & hortis incumbit, & si Dominus ædium id non faciat, inquilinus obstringitur, ita tamen, ut dispendium in personam locatoris computetur. *l. unic. §. 3. ff. de viâ public. &c.* In illis verò locis, ex quibus privato nulla utilitas accedit, aut si sint loca publica, Magistratus publicis sumptibûs reparare tenetur, ob Vectigalia, quæ ei pendi solent; ærarium verò publicum si deficiat, Cives & Incolæ etiam forenses sine dignitatis aut Clericatûs discrimine contribuere tenentur. *l. 7. Cod. de Sacros. Eccles. l. 3. Cod. à quibus muner. vel præstand. nemo pot. se excus.*

3 Ne igitur quis ab ejusmodi refectione impediatur, Prætor vim fieri vetat vias & itinera publica reficientibus, *l. 1. ff. de viâ publ. & itin. publ. reficiend.* ita quidem, ut hoc interdictum ad quamvis viam publicam pertineat. vide Molinam *de Just. & Jur. cit. disput. 707. n. 22.* Enascitur itaque ex illo Actio Prætoria in factum, personalis, rei persecutoria, popularis, cujus causa remota est delictum, injusta scilicet turbatio & oppositio impedimenti, per quod quis à refectione viarum arcetur, proxima est obligatio; datur cuivis de populo, *l. 1. §. 3. ff. eod.* inprimis tamen illis, qui attentant vias reparare, id est, in antiquam altitudinem aut latitudinem restituere, purgare, aut quôvis modô reficere: quemadmodum pluribus differit Ulpianus *in l. 1. §. 1. ff. cit. tit.* & uberiùs exponit Clariss. D. à Widmont *ff. de viâ publ. & itin. publ. refic.* porrigigitur adversùs illum, qui refectionem impedit, ad interesse damni dati *l. 1. §. 3. ff. eod.* Molina *de Justit. & Jur. allegat. disput. 707. à n. 22.*

Quòdsi verò damnum alicui ita obtgerit, ut sub prætextu refectionis via publica in ipsius agrum rejecta, & lutum viæ in agrum ejus congestum, eâque congerie semina sint destructa, adeò ut publicus hominum commeatus per agrum fiat, in tali contingentiâ oritur actio *via rejecta*, quæ est Prætoria, personalis, rei persecutoria, cujus causa remota seu instrumentalis est quasi delictum, qui enim sub prætextu refectionis absque ulla exstructione viam publicam sui prædij dilatandi gratiâ in alterius agrum transfundit, quasi delinquere censetur, Oldendorp. *de Action. class. 6. act. 15.* causa proxima est obligatio; conceditur ei, in cujus fundum 4

dum via publica præter morem antea usitatum rejecta est, *l. fin. ff. de viâ publ. & itin. public. refic.* & ejus hæredibus, Oldendorp. *dict. loc.* adversùs illum, qui temere & absque necessitate per injuriam quasi viam publicam rejecit; quòd si enimverò fluminis aut ruinæ violentiâ damnum via publica perpessa foret, à vicinis prædiis ea redintegranda est, *l. si locus §. 1. ff. quemadm. servitut. amitt.* loci tamen æstimatio à Republicâ est refundenda, *l. 13. §. 1. ff. commun. præd. &c.* quemadmodum & ille, qui viam publicam exaravit, vel aliô modò ei damnum dedit, ad ejus munitionem & restaurationem compellitur; porrigitur etiam adversùs hæredes reijcientis, si prædia ejus per rejectionem sint dilatata. Oldendorp. *dict. class. 6. act. 15.* Objectum hujus actionis constituit interesse, datur enim ad id, quanti interest viam non esse transfusam. *l. fin. ff. de viâ publ. & itin. public. refic.* vide Molinam *sæpè citat. disput. 707. n. 22.* Lautterbach *ff. eod. §. 3.* cœteroquin perpetuam sortitur durationem, quoniam est rei persecutoria.

ACTIO

Ex Interdicto de fluminibus publicis, & ne quid in flumine publico, ripâve ejus fiat, quò pejùs navigetur.

SUMMARIUM.

1. *Quotuplici modo accipiatur* flumen.
2. *Quomodo à ripâ & lacu secernatur.*
3. *Substernitur divisio fluminis.*
4. *Describitur prima hoc ex interdicto descendens Actio, ejúsque subjectum & objectum.*
5. *Subijcitur secunda Actio, & quibus illa, ac adversùs quos sit concessa.*

1 Vigesimam sextam Actionem prodit Titulus Digestorum de fluminibus publicis, & ne quid in flumine publico ripáve ejus fiat, quò pejùs navigetur; quemadmodum enim per vias & itinera publica liber commeatus & transitus, ita quoque per flumina libera est custodienda navigatio, *l. 24. ff. de damn. infect.* & hinc necessarium visum est Prætori, varia de his Edicta proponere. Est autem *flumen* à *fluendo* nuncupatum nihil aliud, quàm aquæ sub certò alveô intra suas ripas decursus,

ſus, Cœpolla *de Servitut. ruſtic. prædior. cap. 31. n. 2.* Stympan. *de flumin. n. 5.* Lauterbach *ff. de flumin. publ.* §. 2. & ex tribus conſtituitur partibus, aquâ ſcilicet profluente, alveô, & ripâ; alveus eſt foſſa, per quam flumen labitur, vernaculâ voce waſſerne Bett / Bauch ꝛc. *l. 1. §. 8. ff. eod.* NöeMeyrer von Waſſer-Recht *part. 3.* Lauterbach *ff. de acquir. rer. domin. §. 80.* Ripa eſt, quæ pleniſſimum flumen continet, ac includit. *l. 1. §. 5. l. 3. §. 1. ff. de flumin. publ.*

2 A rivo flumen non niſi quantitate & circumcolentium exiſtimatione diſtat; *l. 1. §. 1. ff. eod.* à lacu ſecernitur, quòd hic citra certum fluctûs rigorem habeat perpetuam aquam. *l. unic. §. 3. ff. ut in flumin. public. navig. lic.* à ſtagno denique ſeparatur, quòd hoc temporalem habeat aquam, quæ potiſſimùm hyeme cogitur. *dict. l. unic. §. 4. ff. eod.*

3 Porrò flumina alia ſunt publica, alia privata; Stympan. *de jur. flumin. n. 8.* Cœpolla *de ſervitut. ruſtic. præd. cap. 31.* privatum flumen eſt, quod privati ſubjacet dominio, nec ſemper fluit, ſive dein manu ſit factum, ſive in locô privatô naturalem ſortiatur ortum, utròvis enim modô rerum privatarum naturam ſortitur *l. 1. §. 4. & §. 10. ff. de flumin. publ.* publica flumina ſunt, quæ ad univerſum aliquem populum pertinent. *l. 1. §. 3. ff. eod.* Secundò flumina dividuntur in perennia, & torrentia; priora ſunt; quæ ſemper fluunt, poſteriora verò non ex aquâ vivâ, ſed ſolummodò ex imbribûs & nivibûs ſubnaſcuntur, & tempore æſtivô plerumque exſiccantur. *l. 1. §. 2. ff. de flumin. publ.* publica verò flumina rursùs diſpeſcuntur in navigabilia, & non navigabilia; priora ſunt, quæ comoditatem navigandi præſtant, poſteriora ſunt, quæ illam commoditatem non ferunt. *l. 1. §. 18. & l. 2. ff. eod. l. 10. §. fin. ff. de aq. & aq. pluv. arcend.* confer. Stympan. *de jur. flumin. dict. loc.* Quibûs pro neceſſariâ notitiâ præmiſſis, quemadmodum viæ & itinera publica Prætorum & Ædilium Edictis, ita quoque flumina ijs proteguntur, ne eorum *ſtatio* & *navigatio* fiat deterior, *l. 1. §. 12. & 14. ff. de flum. publ.* eſt autem *ſtatio* locus, ubi naves tutò quieſcunt, *dict. l. 1. §. 13. ff. eod. navigatio* verò, etſi variè accipi ſoleat, hic tamen denotat iter navigij. *l. 1. §. 12. ff. cit. tit.*

Duo autem Interdicta hic proponuntur, quorum prius eſt prohibitorium. 4
Exoritur inde actio Prætoria, perſonalis, rei perſecutoria, popularis, cujus cauſa remota eſt delictum, illicita videlicet attentatio aliquid in flumine publico exſtruendi, quod impediat ſtationem navium, aut obicem ponat navigationi, cauſa proxima eſt obligatio. Datur cuilibet de civibus, adversùs illum, qui in ripâ vel flumine publico aliquid exſtruere, vel im-

immittere intendit, quod navigationi obstat, ad hoc, ut à proposito & attentato desistat, conferatur Oldendorp. *de action. class. 2. act. 9.* Petrus Myllerus *in not. ad Struv. Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 86.*

5 Alterum interdictum eandem omninò cum præcedenti naturam sortitur, in eo solùm diversum, quòd prius sit prohibitorium, hoc verò restitutorium. Oritur itaque exinde pariter actio personalis, Prætoria, rei persecutoria, popularis, cujus causa remota est similiter delictum, illegitima nimirùm immissio, vel opus illicitè & contra Edictum Prætoris in flumine constructum, quod navigationi nocet, proxima est obligatio. Conceditur omnibus de populo adversùs illum, qui aliquid immissum vel exstructum tenet, aut possidet, aut aquâ ex flumine publicô derivatâ fruitur; *l. 1. §. fin. ff. ne quid in flum. public.* item contra piscatores, qui tempore nocturnô luminibûs piscantur, & navigantes seducunt. *l. 30. ff. de incend. ruin. naufrag. &c.* universim autem nocere navigationi dicitur, si usus fluminis corrumpatur, aut difficilior reddatur, si minor & rarior fiat aqua, aut in totum auferatur, quemadmodum in terminis deducit Ulpianus *in l. 1. §. 15. ff. ne quid in flumin. publ. ripáve ejus fiat, &c.* in specie si quis cum impedimento usûs publici aquam ex flumine publico educere proponit. *l. 2. ff. eod.* Postremò quando ex utraque ripæ parte ædes quis possidet, pontem privatô jure & potestate jungere non posse, respondet ICtus Scævola *in l. fin. ff. dict. tit.* ex ratione, quoniam pontes ad Regalia pertinent. vide relatos à Brunneman. *in dict. l. fin. ff. eod.* Cæterùm utrumque hoc interdictum dividitur in directum & utile; illud competit, si quid immissum, aut attentatum est in flumine navigabili, *l. 1. §. 4. ff. ne quid in flum. publ.* & ad casum quoque porrigitur, quô in littore maris quid interponitur, quô portus præcludatur; *dict. l. 1. §. 17. ff. eod.* hoc autem indulgetur, quando in flumine non navigabili aliquid attentatur, quô cursus aquæ occludatur, aut omninò exarescat. *cit. l. 1. §. 18. ff. dict. tit.* conferatur Petrus Myllerus *in not. ad Struvium allegat. exercitat. 45. thes. 87.*

ACTIO

Ex Interdictis, ne quid in flumine publico fiat, quò aliter aqua fluat, atque uti priore æstate fluxit, & ut in flumine publico navigare liceat.

SUMMARIUM.

1. *Definitur prima actio ex primo descendens interdicto.*
2. *Quid nomine fluminis hìc intelligatur.*
3. *Quibus modis fieri possit, ut aqua aliter fluat.*
4. *Utrùm cum consensu Principis in alterius præjudicium possit ædificari molendinum?*
5. *Describitur altera actio ex primo Interdicto promanans.*
6. *Annotatur actio ex altero Interdicto exorta.*

1 Vigesimô septimô locô subsequuntur Actiones ex Interdicto, ne quid in flumine publico fiat, quò aliter aqua fluat, atque uti priore æstate fluxit, & ut in flumine publico navigare liceat. Ex priori interdicto duæ pariter Actiones descendunt, prohibitionem etiam & restitutionem complectentes, & à prioribus non nisi objectò fermè distantes; prima describi potest, quòd sit actio Prætoria, personalis, ex parte Actoris rei persecutoria, popularis, prohibitionem continens, causa ejus remota est operis contra Prætoris Edictum in flumine publico aut ejus ripâ congerendi, vel immittendi attentatio, adeóque delictum, causa proxima est obligatio.

2 Nomine fluminis auteme hic intelligitur & navigabile, & non navigabile. *l. unic.* §. *2. ff. ne quid in flum. public. fiat, quo alit. aqua fluat, atque &c.* Cœteroquin concessum est hoc interdictum omnibus de populo adversùs illos, qui jus non habentes moliuntur aliquid in flumine publico, aut ejusdem ripâ construere, aut immittere, quô aqua aliter fluat, quàm priori æstate fluxerat. *dict. l. unic. §. 8. ff. eod.* Singulariter autem est annotandum, æstatem hoc locô non accipi strictè, quatenùs solùm continet tres menses à Solstitio æstivo usque ad Æquinoctium Autumnale computandos, sed latè adeóque civiliter, quatenùs denotat cursum sex mensium ab Æquinoctio Vernali ad Autumnale; *Gloss. in l. unic. ff. dict. tit.* Lautterbach *ff. hoc tit. §. 2.* Struvius *dict. exercit. 45. thes. 91.* ideò autem Prætor attendit fluminis cursum æstivum, quia æstate certior est, quàm hyeme, propter quam

quam ipsam certitudinem etiam non instantis, sed præteritæ æstatis cursus est observandus, utpote qui ex se jam notus est.

3 Porrò varijs modis fieri potest, ut aqua aliter quàm priori æstate, & in accolentium damnum fluat, derivatione nempè, munitione, ædificatione, alvei mutatione, ut fluxus altior, rapidiórque fiat; *l. unic. §. 3. ff. ne quid in flum. publ. &c.* hinc non licet ædificare molendina navalia sine Principis auctoritate *l. 1. l. 2. §. 10. & 15. ff. eod.* Molina *de Justit. & Jur. disput. 704. n. 27.*

4 Unde enascitur dubium, si quis molendinum in flumine publico habeat, utrùm territorij Princeps alteri potestatem concedere queat, aliud molendinum inferiùs vel superiùs ædificandi? ℞. tali concessioni obreptionis vitium obtendi posse, ratio est, quoniam Princeps non solet concedere, quod alteri nocet. *l. 2. §. 10. ff. hic.* videantur relati à Stympan. *de jur. flum. num. 150.* Lautterbach *ff. hoc tit. §. 3. prop. fin.* ubi limitationes subjungit. Protenditur quoque hoc interdictum contra horum hæredes, quando ad finem perducere intendunt, quod defunctus inchoavit, *l. unic. §. 10. ff. hic,* quoniam participes doli esse videntur *l. 44. ff. de R. J.* aliàs enim ex naturâ suâ actiones seu interdicta prohibitoria & popularia contra hæredes non extenduntur. *Gloss. in l. final. ff. de popular. action.* jungatur Petrus Myllerus *in not. ad Struvium dict. exercit. 45. thes. 91.* Datur hoc interdictum ad id, ut desistat à suo proposito, & ab opere seu immissione cesset.

Alteram actionem sive interdictum proponit Prætor *in l. unic. §. 11. ff. ne quid in flum. publ. &c.* quod etiam est populare, sed restitutorium, datúrque ad submovendum id, quod jam immissum & perfectum est. Delineari pariter potest, quòd sit actio personalis, Prætoria, popularis, rei persecutoria, cujus causâ remota est opus seu immissio ad præjudicium & perniciem accolentium illegitimè facta, proxima est obligatio; datur similiter omnibus de populo adversùs eum, qui aliquod factum congessit, aut impedimentũ supposuit, quo aliter quàm priori æstate, aqua fluat, ad factum vel immissum restituendum. *dict. l. unic. §. 11. ff. eod.* utraque hæc actio est annalis, Lautterbach *ff. hoc tit. §. fin.* post ejus igitur lapsum moveri nequit. vide relatos à Struvio *dict. exercit. 45. thes. 12.* 5

Ex Secundæ Rubricæ Interdicto enascitur Actio Prætoria personalis, rei persecutoria, popularis, cujus causa remota est delictum, violenta nimirùm vel dolosa prohibitio publicæ navigationis; causa proxima est obligatio. Datur æquè omnibus de populo adversùs illos, qui vim faciunt vel prohibent, quò minùs quis flumine, lacu, vel stagno publico uti, aut per ea navigare possit. *l. unic. ff. ut in flum. publ.*

 navig.

navig. lic. Eckolt *ff. eod.* §. *1.* Descendit hæc actio saltem ratione formulæ ex interdicto prohibitorio, etsi non pauci decertent, esse etiam in casu emergenti restitutorium, quò Piratæ, Prædones, aut milites publica flumina infestant, aut obsident, vide Lautterbach *ff. ut in flum. publ. &c.* §. *11.* vix tamen in tali contingentiâ effectum sortietur, quoniam Piratæ, præsertim forenses talia interdicta vix respicient. Ulteriùs hæc actio porrigitur contra vicinos, qui ligna, trabes, & alia in ripis exonerant, aut aliud impedimentum supponunt, quò minùs Naucleri appellere possint. *l. 3. Cod. de navicul.* Utilis actio datur Publicano, qui flumen vel lacum publicum conduxit, si utilitatem ex his ortam percipere prohibeatur, *l. unic.* §. *7. ff. ut in flum. public. navig. lic.* quin omni illi, qui pecus ad flumen publicum appellere impeditur, *dict. l. unic.* §. *fin. ff. eod.* excipitur, si petat, ut locus pecoris ad flumen agendi causâ deprimatur; in fluminibus verò privatis omnes hæ actiones cessant.

ACTIO

Ex Interdicto de ripâ muniendâ.

SUMMARIUM.

1. Describitur actio de ripâ muniendâ.
2. Deducitur ejus subjectum activum & passivum.
3. Quodnam sit ejus objectum.

1 Vigesima octava est Actio, quam Prætor proponit in Tit. Digestorum *de ripâ muniend.* in cujus *l. unic.* vim fieri vetat illi, qui in ripâ fluminis publici, stagni, aut fossæ, opus aliquod ad submovendum aquarum impetum instaurat, modò illud accolentibus, aut navigationi non obsit. *l. unic.* §. *2. ff. eod.* Nec adversatur, quòd riparum proprietas sit privatorum, adeóque Prætor de his nihil statuere potuerit, quoniam harum saltem usus publicis negotiationibus deservit. *Ripam* autem *munire* aliud non est, quàm factis aggeribus aquam fluviaticam continere, ne exundans agros occupandô damnum inferat; in terminis Petrus Myllerus *in not. ad Struvium Syntagm Jur. Civil. exercit. 45. thes. 97.* Lauterbach *ff. de rip. muniend.* qui autem munire proponit, præviam debet præstare cautionem de damno infecto per decem annos. *dict. l. unic. in princip. ff. de ripâ muniend.* & *ibid.* Brun-

Brunneman. Actio verò ex hoc Edicto deprompta est personalis, Prætoria, ex parte saltem actoris rei persecutoria, causa ejus remota saltem instrumentalis est iniqua impedimenti interpositio, ac per consequens delictum, proxima est obligatio.

2 Directa hæc actio impertitur ei, qui in ripâ fluminis publici, agróve, qui circa ripam est, aliquid tuendi causâ exstruit, ex quo navigatio deterior evadit, utilis verò conceditur illi, qui in lacu, fossâ, vel stagnô ripam munit, *l. unic. §. fin. ff. de rip. muniend.* adversùs munire impedientem, simul ac contra illum, qui ripam muniendô navigationem, seu usum fluminis, lacûs, fossæ, vel stagni deteriorem reddit. *dict. l. unic. ff. eod.* Lauterbach *ff. de rip. muniend.* §. *3.* Petrus Myllerus *in not. ad Struvium Syntagm. Jur. Civil. exercit. 45. thes. 97.*

Objectum hujus actionis est, ut à continuatione impedimenti reus desistat; si autem adversùs ipsum munientem porrigatur, datur ad hoc, ut caveat conventus, quòd opus intra decem annos non sit obfuturum. Colleg. Argentorat. Justi Meyeri *ff. de rip. muniend. thes. fin.* quòd si verò opus jam sit factum, damnum exinde resultans non hac, sed legis Aquiliæ actione est reparandum. Struvius *dict. exercit. 45. thes. 98.* Jungatur Noë Meyrer von Wasser-Recht *part. 3. quæst. 12.* Andreas Rauchbar *part. 2. quæst. 27.* 3

ACTIO

In factum ex Interdicto unde vi.

SUMMARIUM.

1. *Describitur Actio in factum ex Interdicto* unde vi *descendens.*
2. *Deducuntur ejusdem requisita.*
3. *Annotatur subjectum activum.*
4. *Enucleatur quæstio, an detur prædoni?*
5. *Affirmativa est verior, eáque defenditur.*
6. *Respondetur ad rationes sententiæ negativæ.*
7. *Annotantur casus excepti.*
8. *Datur etiam naturaliter possidentibus,*
9. *Non tamen detentoribus conceditur*
10. *Examinatur casus singularis.*
11. *Contra quos detur.*
12. *Adversùs eos, quibus debetur singularis reverentia, non conceditur.*
13. *Porrigitur contra Judicem absq; causæ cognitione aliquem spoliantem.*

14. *Adversùs hæredem non datur.*
15. *Describitur objectum.*
16. *An juramentum, quô res perempta affirmatur, locum habeat contra hæredes deijcientis?*
17. *Delineatur remedium* l. si quis in tantam Cod. unde vi.
18. *Contra quos hoc remedium porrigatur?*

1 Vigesimam nonam Actionem subministrat Rubrica Digestorum *de vi, & vi armatâ*, sive Interdictum *unde vi.* Delineari hæc actio potest, quòd sit Prætoria, personalis, rei persecutoria, restitutionem possessionis complectens, annalis, cujus causam remotam constituit delictum, violentia nimirùm expulsiva, proximam obligatio. Oldendorp. *de action. class. 2. act. 10.* Lauterb. *ff. de vi & vi armat.* §. 1. Struvius *Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 102.* Brunneman. *in l. 8. Cod. unde vi.* tametsi autem ex delicto atroci originem sortiatur, famosa tamen neutiquam est, ad instar aliarum actionum ex interdictis deductarum, quibus omnibus infamandi potestas à legibus est derogata. *l. 13. ff. de vi & vi armat.*

2 Ut verò hæc actio moveri possit, deposcitur ex parte agentis possessio, ex parte verò rei conventi violenta à possessione dejectio, seu expulsio, *l. 1. §. 3. ff. eod.* quæ dicitur majoris mali impetus, qui repelli non potest; *l. 2. ff. quod metûs caus.* unde, etsi non quælibet sufficiat vis, sed requiratur atrox, terror tamen armîs incussus etiam sufficit, quoniam, si armatus ad expellendum quis veniat, & citra armorum usum aliquem deijciat, nihilominùs armîs dejecisse videtur. *l. 3. §. 5. ff. de vi & vi armat.* Nec ulteriùs refert, utrùm expulsus quis sit vi publicâ, vel privatâ dejectus, textus enim *in l. 1. ff. dict. tit.* generaliter loquitur. Porrò violentia ista sibi deposcit, ut res, ex quâ quis est dejectus, fuerit possessa, juxta receptam regulam, quòd privatio præsupponat habitum, neque possit quis deijci ex re, quæ non possessa est; *l. 1. §. 23. & 26. ff. de vi & vi armat.* quam ob rem hoc interdictum cessat 1. in casu, quô quis rem vacuam, ab alio non possessam occupat. *l. 4. §. 28. ff. de usurpat. & usucap.* 2. hæc actio locum non habet, quando quis clancularió modô & absque violentiâ possessionem rei est ingressus, nulla enim hîc subest vis expulsiva, quæ tamen ad generandam hanc actionem necessarió exigitur. 3. si quis prohibet, ne hæres novam acquirat rerum hæreditariarũ possessionem. *l. 23. ff. de acquir. vel omitt. hæredit.* Denique etiam requiritur, ut possessio fuerit rerum immobilium. *l. 1. §. 3. & 6. ff. de vi & vi armat.*

Ex quibus deductis facile liquet, quibus hæc actio sit concessa, illis nempè, qui à possessione rerum immobilium violenter sunt dejecti; nec interest, sive civiliter, sive natu- 3

turaliter ſolùm, juſtè vel injuſtè poſſederit, cujus generalis ratio eſt conſervatio quietis publicæ, ne per vim privatam turbetur. *l. 1. §. 4. & 26. ff. de vi & vi armat.*

4 Dubium inde exardeſcit, num hæc Actio impertiri quoque poſſit prædoni ſpoliato? Dubitandi rationem ſubjicit 1. *l. 31. §. 1. ff. deposit.* ubi hæc ſunt adſcripta formalia: *non eſt ex bona fide, rem ſuam Dominum prædoni reſtituere compelli.* 2. Sententia negativa confirmatur ex *Cap. 6. de causâ propriet. & poſſeſſ.* ubi aſſeritur, quòd cauſa proprietatis prævaleat, ob idque, quando conſtat de dominio, non eſt movenda quæſtio poſſeſſionis; 3. & poſtremò robur negativæ accedit ex ratione, cùm hoc interdictum in tali caſu nullum ſortiatur effectum, ſiquidem non ſolùm dolô facit, qui petit, quod redditurus eſt, *l. 8. ff. de dol. mal.* ſed etiam periculoſa eſt reſtitutio prædoni facienda, præberetur enim occaſio retinendæ rei alienæ, & peccati fovendi; plures alias rationes poſt Fachinæum *l. 18. c. 19.* adſtruit Admodum Reverendus & Clariſſimus Collega P. Schmalzgrueber *Extra de reſtitut. ſpoliat. n. 2.*

5 Hæc tamen tanti non ſunt momenti, ut me ab affirmativâ dimoveant, clariores namque ſunt textus Juris & Canonici, & Civilis, quàm ut ab illis diſcedere liceat. De jure quidem Canonicô reſcribit Alexander III. *in Cap. in litteris 5. Extra de reſtitut. ſpoliat. prædo etiam eſt ſecundùm rigorem Juris reſtituendus.* Juri Canonico adſtipulatur textus Juris Civilis *in §. recuperandæ 6. Inſtit. de interdict. & l. 7. Cod. unde vi*, ratio eſt ex ſe manifeſta, quia nemini licet propria ſibi auctoritate jus dicere, aut rem non ſuam vindicare. Quamvis verò de rigore juris hæc aſſertio ad notorium quoque prædonem extendi poſſit, æquitate tamen naturali ponderatâ, adversùs Dominum talis reſtituendus non eſt, per ea, quæ poſt Menoch. *de recuperand. poſſeſſ. remed. 1. n. 128.* Zœſium *ff. de vi & vi armat.* notat Adm. Rev. & Clariſſ. P. Jacob. Wieſtner *Extr. de reſtitut. ſpoliat. n. 25.* Rationem ſubjicit prælaudatus Clariſſ. Collega P. Schmalzgrueber *Extr. eod. n. 3.* quoniam in pari ſpoliationis causâ anteferendus eſt rei Dominus, *argt. l. hoc jure ff. de Juſt. & Jur.*

Fundamenta in oppoſitum adducta facili negotio diſſipantur; textus enim ex *l. 31. §. 1. ff. depoſit.* allegatus de eo ſtatuit caſu, quô fur rem meam ſurripuit, atque apud me delictum ignorantem depoſuit, in quô caſu haud dubiè ex bonâ fide non eſt, rem prædoni reſtituere. Textus verò *Cap. 6. Extr. de cauſ. proprietat. & poſſeſſ.* de illâ loquitur contingentiâ, quâ petitorium & poſſeſſorium cumulantur, tunc enim, ſi de proprietate liquet, poſſeſſionis ceſſat quæſtio. Subjuncta ratio & regula locum non ſortitur in remedio recuperandæ poſſeſſionis 6

nis, quia spoliator ante restitutionem non est audiendus, nisi super possessione, *Cap. fin. Extr. de ord. cognit.* continuatio verò retentionis officiô Judicis potest removeri.

7 Non pauci tamen casus ab hac decisione excipiuntur, quos inter præcipui sunt 1. si prædo in continenti à Domino deijciatur, in simili enim casu prædo non est restituendus. Brunneman. *ff. de vi & vi armat. n. 6.* P. Wiestner *de caus. possess. & propr. n. 22.* Menoch. *de recuperand. possess. remed. 1. n. 382.* Rationē subijcit A. R. P. Schmalzgrueber *dict. loc. n. 4.* quia, qui possessionem vi ereptam ipso congressu recuperat, eam amisisse non censetur, sed in primam causam reverti potiùs, quàm vi possidere intelligendus est. *l. 17. ff. de vi & vi armat.* 2. si talis sit prædo, cujus vita omnium injurijs est exposita, *l. 1. Cod. quando lic. unicuique &c.* quales sunt publici latrones, incendiarij, atque agrorum depopulatores, ratio est, quia in tali casu potiùs est defensio, quàm respoliatio.

8 Ulteriùs hæc actio conceditur Vasallo, Emphyteutæ, Superficiario, & Usufructuario, quia hi omnes feudum, Emphyteusin, superficiem, atque rem in ùsumfructum concessam naturaliter possident, possessio autem naturalis in ordine ad movendam hanc actionem sufficit *l. 3. §. 13. 14. & 16. ff. de vi & vi armat.* Menoch. *de recuperand. possess. remed. 1. n. 74.* Bachov. *in Treutl. vol. 2. disput. 25. thes. 5. litt. J.*

Illi verò, qui nec Civiliter, nec naturaliter possident, sed solùm rem utendi, fruendi, aut custodiendi causâ merè detinent, quales sunt Coloni, Inquilini, commodatarij, depositarij, mercenarij & alij similes, ab hac actione removentur, ex ratione, cùm non hi, sed locatores, commodantes & deponentes Domini & possessores directi sint, per consequens illis solis indulta sit hæc actio; *l. 1. §. 10. & 22. l. fin. ff. de vi & vi armat.* possunt tamen hæ personæ ex constitutione Imperatoris Constantini absque mandatô Dominorum absentium locò hanc actionem intentare. *l. 1. Cod. si per vim, vel aliô modô &c.* & *ibid.* Brunnemann. & Baldus, qui ait, legis virtutem posse legitimare servos in judiciô. Menoch. *de recuper. possess. remed. 6. n. 30.* Lautterbach *ff. de vi & vi armat. §. 8.* 9

Porrò & Colonus casu, quo Dominum vel alium ejus nomine venientem non admittit, sed spoliare ac per vim possidere incipit, si denùo ipse deijciatur, hanc ad actionem recurrere potest. Donell. *comment. jur. lib. 15. cap. 31.* Bronchorst *Miscell. Centur. 4. assert. 25.* prolixiùs Petrus Mylerus *in not. ad Struvium Syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 103.* quô collimant textus *in l. 12. & 18. ff. de vi & vi armat.* Pariter indulgetur hæc actio venditori, qui rem locatam 10

ven

vendidit, si colonus emptorem non admittit. Brunneman. *in l. 12. ff. de vi & vi armat.* Menochius *de recuperand. possess. remed. 1. num. 66.* Ultimò concessa est hæc actio horum omnium hæredibus, *l. 1. §. 44. ff. de vi & vi armat.* ratio est cœteris actionibus ex delictô ortis communis, quæ ferè omnes, si damnum rei familiari sit illatum, hæredibus actoris impertiuntur. Ut autem cum effectu moveri hæc actio possit, debet quis esse cum totâ familiâ dejectus, quia cœteroquin per unum possessio potest retineri. *l. 1. §. 45 ff. eod.*

11 Porrigitur hæc actio adversùs vi dejicientem, sive deinde per se dolô malô dejecerit, sive effecerit, ut quis expellatur, *l. 1. l. 3. §. 12. l. 15. ff. de vi & vi armat.* neque interest, sive is ipse propriô suô factô, sive per suam familiam, servos, famulos, aliósve mandatarios violenter expulerit, ratio est liquida, quoniam quod quis per alium facit, per se ipsum facere censetur, *l. 152. §. 1. ff. de interdict.* quô casu adversùs utrumque, tam mandantem, quàm mandatarium porrigitur. *l. 1. §. 12. ff. de vi & vi armat. ibique* Glossa & Alberic. à Rosate *in verb. nisi fuerit falsus Procurator, tunc Dominus non obstringitur. l. 1. § 13. ff. eod.* 2. extenditur quoque contra illum, qui spoliationem vel dejectionem suô nomine factam ratihabuit, *l. 1. §. 14. l. 3. §. 10. ff. dict. tit.* ratio est clara, quoniam ratihabitio retrotrahitur, & mandato æquiparatur. *Cap. 10. de Reg. Jur. in 6.* quin & 3. conceditur adversùs illum, qui equidem vi à possessione aliquem dejecit, rem tamen amplius non possidet, etsi enim talis non rem ipsam, præstare tamen debet interesse. 4. movetur contra Dominum, si servus etiam citra ejus jussum dejecerit, ad hoc, ut aut noxæ det servum, aut litis æstimationem exsolvat; *l. 1. §. 17. ff. de vi & vi armat.* secùs est hodie, si famulus vel mercenarius absque mandato Domini hoc perpetrârit, possunt enim tunc Domini solummodò conveniri, in quantum ex tali facto evasêre ditiores. *l. 1. §. 11. ff. eod.*

Parentes verò & Patroni à liberis & libertis hac actione pulsari non debent, *l. 1. §. 43. ff. de vi & vi armat.* ratio est, *quia atrocitatem facinoris in se habet*, & quamvis infamiam juris non complectatur, sugillatur tamen parentum honor & Patronorum apud viros præstantes; indulgetur tamen ad damnum, si quod contigit, reparandum actio in factum, in qua detrahitur mentio violentiæ. Neque conceditur Vasallo contra Dominum directum, *feud. 2. tit. 22.* in verb. *Salvâ reverentiâ.* Rosenthall *de feud. cap. 10. conc us. 33.* Schraderus *eod. tractat. part. 6. cap. 7. n. 15.* Struvius *syntagm. jur. feudal. cap. 11. aphoris. 3. n. 1.* 12

Datur hæc actio 5. etiam contra Judicem, qui absque citatione & 13

causæ cognitione aliquem spoliat, *Cap. cùm causam Extr. de offic. Judic. delegat.* ratio redditur in *l. meminerint Cod. unde vi*, ne injuriarum occasio nascatur, unde jura nasci deberent. Menoch. *de recup. possess. remed. 1. n. 80.* Gaill. *lib. 2. observ. 70.* Gonzalez *in Cap. 7. Extr. de restitut. spoliat.* & alij relati à Brunneman. *in dict. l. meminerint Cod. unde vi.* quin etsi procedat secundùm ordinem juris, si tamen sit incompetens, pariter locum habet hoc interdictum. videantur relati à Clariss. P. Schmalzgrueber *Extr. de restitut. spoliat. n. 16.* Idem erit asserendum, si sit quidem competens, sed pronuntiandô vitium commiserit substantiale, & Sententiam dixerit nullam, conferantur allegati à Menochio *de recup. possess. remed. 8. n. 19.* A. R. P. Jacob. Wiestner *de restitut. spoliat. n. 20.*

14 Contra hæredem hæc actio non porrigitur, nisi in quantum pervenit, §. *non autem 1. Instit. de perpet. & temporal. action.* ratio est aliunde liquida, quoniam actiones ex maleficijs ortæ ad hæredes non pertingunt, nisi aliquid ad eos pervenerit, *l. 1. §. fin. l. 3. §. 18. ff. de vi & vi armat. l. 2. Cod. unde vi*, turpia enim lucra ab hæredibus quoque sunt extorquenda, *l. 3. ff. cit. tit. l. 35. ff. de Oblig. & Action.* Quòd si plures sint hæredes, quivis in tantum tenetur, in quantum ad eum pervenit, *l. 9. ff. de vi & vi armat.* & si totum uni obtigerit, solus obstringitur, tametsi aliàs actiones inter hæredes pro parte hæreditatis divisæ sint. Ad singularem verò Successorem, Emptorem, v. g. Donatarium, vel Legatarium, sive sit bonæ, sive malæ fidei possessor, non extenditur hoc interdictum, ratio est, quoniam actio merè personalis, ex delicto nata, atque in dejicientem solummodò concepta est, *l. 7. ff. de vi & vi armat.* Menoch. *de recuper. possess. remed. 1. à n. 154.* Struvius *syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 108.* Lautterbach *ff. de vi & vi armat. §. 12.* Wesenbec. *ff. eod. n. 12.* quæ assertio locum tantummodò habet de jure Civili, secùs autem est de jure Canonico, de quo, ut inferiùs patebit, alia sunt remedia præstituta.

Porrò objectum hujus actionis 15 constituunt res immobiles, *l. 1. §. 3. ff. de vi & vi armat.* exclusîs rebûs mobilibûs, pro quibûs actio vi bonorum raptorum, vel ad exhibendum est prodita: *l. 1. §. 32. ff. eod.* hinc si quis à vehiculo, navi aut alia re mobili est dejectus, hoc interdictum ei denegatur, *l. 1. §. 7. ff. cit. tit.* nisi res mobiles per dejectionem deperditæ, attritæ, vel peremptæ forent, tunc enim etiam ratione illarum in pristinum restituendus est statum. *l. 1. §. 6. l. 3. §. 15. l. 14. l. 19. ff. de vî & vi armat.* Nec refert, sive sint propriæ, sive res alienæ, quemadmodum si depositæ, commodatæ, oppignoratæ fuerint, ut recen-

set

et Ulpianus *in l. 1. §. 33. ff. eod.* easque hæc actio persequitur, etsi post dejectionem citra deijcientis culpam sint peremptæ; *dict. l. 1. §. 34. ff. dict. tit.* Pro rebus incorporalibus verò impertita est actio utilis, non quæ ex verbis Edicti, sed ex interpretatione illius deducitur, quemadmodum si quis à Jurisdictione dejectus, aut annua pensio alicui denegatur, aut alia jura detrectantur; conferatur hac super re Gaill. *lib. 2. observ. 75. à n. 1.* Mascard. *de probat. conclus. 1330.* Wesenbec. *ff. de vi & vi armat. n. 9.* Ut igitur objectum hujus interdicti compendiô complectar, hac actione conventus tenetur ad restitutionem omnium, quæ Actor foret habiturus, si ex possessione non fuisset expulsus, *l. 6. l. 15. ff. eod.* unde fructus omnes tam naturales, quàm Civiles & industriales, quos à tempore dejectionis actor percipere potuisset, restituere tenetur. *l. 1. §. 40. ff. de vi & vi armat. l. 33. ff. de rei vindicat. l. 4. Cod. unde vi.* Menoch. *de recuper. possess. remed. 1. n. 412.* Lautterbach *ff. de vi & vi armat. §. 16.*

16 Si verò postremò res etiam casu fortuitô perierit, æstimatio præstanda est, vide Petr. Myllerum *in not. ad Struvium syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 108.* quæ etiam juramentô in litem potest fieri *l. 9. Cod. unde vi, ibique* Brunneman. *n. 4.* Perez. *Cod. eod. n. 23.* Mynsinger *Centur. 4. observat. 12.* Gaill. *lib. 2. observ. 95.* Hinc dubium exardescit non modici difficij, an hoc Juramentum adversùs deijcientis quoque hæredes locum sibi vendicet? Negativam amplectuntur relati à Brunneman. *in l. 9. Cod. unde vi,* Mynsing. *centur. 4. observ. 12.* ex ratione, quòd dolus in hæredem non transeat. Mihi verò assertio affirmativa potiùs arridet, quoniam hoc juramentum non in pœnam & odium deijcientis, sed magis in favorem dejecti est concessum, ne ob defectum probationis rebûs suis carere compellatur. Lautterbach *ff. de vi & vi armat. §. 17. in fin.* Annalis est hæc actio ratione interesse, non verò ratione rerum ablatarum, quæ ad reum pervenerunt, pro his siquidem perpetuò datur; *l. 1. ff. de vi & vi armat.* & *ibi* Brunnem. est autem hic annus utilis, adeóque absenti & ignoranti non currit. *l. 1. Cod. si per vim &c.* jungatur Bacchov. *in Wesenbec. ff. de vi & vi armat. n. 10.* Lautterbach *ff. eod. §. 18.*

Affine huic hactenus deducto interdicto unde vi, & inde resultanti actioni est illud à Jure Civili assignatum remedium, quod Theodosius Imperator saluberrimè constituit *in l. 7. Cod. unde vi,* quò, si quis in tantam furoris audaciam prolapsus, ut rem ab alio possessam per vim possessori extorserit, ejus si Dominus fuit, eâ privatur, si minùs, præter rem ejusdem quoque æstimationem præstare debet. Descri- 17

bi poteſt hæc actio, quòd ſit Civilis, perſonalis, pœnalis, cujus cauſa remota eſt delictum, violenta ſcilicet rei ab alio poſſeſſæ occupatio, proxima eſt obligatio; datur omnibus poſſeſſoribus, queîs res ſunt ablatæ, quive de poſſeſſionibus rerum immobilium expulſi & dejecti ſunt, eorúmque hæredibus, non verò conceditur depoſitarijs, commodatarijs, vel conductoribus, cujus ratio eſt, quoniam non poſſident, ſed ſolùm detinent.

18 Datur hoc remedium contrà omnes, qui violenter rem occupant, abſque diſcrimine ſexûs aut conditionis, adeóque etiam adversùs fœminas, minores, ruſticos, & milites porrigitur; ratio eſt tum generalitas textûs citatæ conſtitutionis, tum violentiæ gravitas & delicti atrocitas: & quamvis fœminæ mitiùs puniantur caſu, quo pœna à Jure non eſt determinata, *l. 6. ff. ad l. Jul. de peculat. l. 38, §. 2. ff. ad l. Jul. de adulter. cœrcend.* ſecùs tamen obtinet, ubi pœna Legibus eſt definita, quemadmodum liquet *ex l. 7. ff. de Jurisdict.* videatur Menochius *de recuper. poſſeſſ. remed. 9. à n. 15.* Lautterbach *ff. de vi & vi armat. §. 19.* Adversùs Patrem & Patronum, res filiorum & libertorum invadentes ſolùm actionem in factum ad reſtituendam poſſeſſionem impertitur Menoch. *dict. loc. n. 54.* quæ aſſertio locum quoque occupat, caſu, quô aliquis adminiſtratoriô nomine res alienas vi occupat, quales ſunt Prælati, Tutores & Curatores, hi enim detrimentum Eccleſiæ, Pupillis, & Minoribus cùm inferre non poſſint, ſolùm ad reſtitutionem poſſeſſionis agitur; quin non ſolùm contra veras, ſed & adversùs fictas perſonas, quemadmodum ſunt Civitates, Oppida, Univerſitates, hæc actio protenditur. vide Menoch. *dict. loc. n. 123.* in ſpecie verò moveri poteſt hæc condictio adversùs debitorem, qui violenter pignus à Creditore poſſeſſum occupavit, & contra Creditorem, qui per vim hypothecam invaſit, quemadmodum prolixè deducit Menochius *ſæpè cit. remed. 9. à n. 197.* Adversùs hæredes non porrigitur hoc remedium, niſi aliquid ad eos pervenerit, cùm ſit ex delicto, neque hæc pœna ipſo jure incurratur, ſed requiratur condemnatio. Brunnemann. *in dict. l. 7. Cod. unde vi.* Menoch. *dict. loc. n. 305.* Objectum hujus condictionis ſunt res tam mobiles, quàm immobiles, in quo ab interdicto unde vi diſtat, quod ſolummodò de rebus immobilibus conceptum eſt. Videatur de hac condictione Menochius *dict. remed. 9. per tot.* Anton. Perez *in Cod. unde vi n. 31.* Lautterbach. *ff. de vi & vi armat. §. 19.*

ACTIO

Sive Condictio ex L. Exstat 13. ff. quod metûs causâ.

SUMMARIUM.

1. *Quale sit remedium* L. exstat ff. quod met. caus.
2. *Quibus, & adversùs quos concedatur.*
3. *An pœna infligatur ipso jure, an verò requiratur condemnatio?*
4. *An etiam obtineat in conscientia?*
5. *An hodie sit abrogatum hoc remedium?*
6. *An etiam illô casu sortiatur locum, quô pactum intercessit.*
7. *Annotatur Remedium* L. meminerint 6. Cod. unde vi.
8. *An, si tutor, Curator, vel Administrator rem occupavit, illa invasio noceat pupillis & minoribus?*

1 TRigesimô locô præcedentia duo recuperandæ possessionis remedia excipiunt quædam alia consimilis fermè cum prioribus naturæ, quæ inter primam obtinet sedem condictio ex *l. exstat 13. ff. quod met. caus.* quâ cautum est, ut, quando quis per violentiam & propriâ auctoritate rem sibi debitam extorsit, suum jus seu creditum amittat. Fundatur hæc Actio in alijs quoque Juris locis, quemadmodum in antedicta *l. si quis in tantam 7. & l. 10. Cod. unde vi, ac L. 4. Cod. finium regund.* Hilliger *in Donell. lib. 15. cap. 30. litt. B.* David Mævius *part. 4. decis. 220.* describique potest, quòd sit Civilis, personalis, pœnalis, cujus causa remota est delictum, violenta vel propriâ saltem auctoritate contra legis prohibitionem facta rei debitæ occupatio, proxima est obligatio.

Datur omnibus debitoribus, 2
quorum bona seu res debitæ violenter, vel propriâ saltem auctoritate citra juris ordinem invasæ sunt, vel occupatæ, & eorum hæredibus, adversùs Creditores omissô juris ordine, insupérque habita Judiciali Auctoritate, rem sibi debitam invadentes & præoccupantes. vide Brunneman. *in dict. l. exstat. 13. ff. quod met. caus.* Lautterbach *ff. eod. § 20.* 2. porrigitur etiam adversùs milites, qui ad vim inferendam cœteris sunt promptiores, neque eos ignorantia juris, quæ in simili casu subest, excusat, quemadmodum latè deducit David Mævius *dict. part. 4. decis. 218.* Brunnemann. *cit. loc. n. 1.*

Dubitari hìc potest 1. utrùm hæc 3
pœna

pœna ipsô jure infligatur, an verò Sententia exposcatur condemnatoria? Benignior est sententia posterior, ideoque amplectenda; Tiraquell. *ad l. 8. Cod. de revocand. donat. n. 152.* Brunneman. *in dict. l. 13. ff. quod met. caus. n. 2.* David Mævius *dict. part. 4. decis. 220.* hinc qui propriâ auctoritate rem vel pecuniam sibi debitam extorsit, à concursu Creditorum repellendus non est, sed potest in eo sua credita, quemadmodum Creditores alij, deducere, salvîs tamen aliorum exceptionibus, David Mævius *part. 5. decis. 156.* quam ob rem etiam in hæredes hæc pœna non transmittitur, quod secùs foret, si ipsô jure occupator creditô suô privaretur. Brunneman. *in cit. l. 13. ff. quod met. caus. n. 8.* ubi præjudicium allegat.

4 Dubium est 2. utrùm hæc constitutio etiam in foro conscientiæ tutum reddat debitorem, & ab obligationis nexu liberet? Affirmativa veritati est congruentior, ex ratione, quoniam justè Leges talem violentum occupatorem, & præscripti à Jure ordinis limites non observantem suo creditô privant, & debitorem injuriam passum obligationis vinculô solvunt, eô saltem casu, quô verus intercedit dolus. videantur relati à Carpzov. *part. 3. decis. 219. à n. 22.* Julius Clarus *§. final. quæst. 60. n. 22.* Brunneman. *dict. l. 13. ff. quod met. caus.*

5 Dubium est 3. utrùm hoc remedium hodiernô etiamnum ævô in viridi vigeat observantiâ? Sunt, qui absolutè hoc negent, quos inter est Covarruv. *variar. resolut. lib. 3. cap. 16.* & alij, qui allegantur à Brunneman. *ad l. 13. ff. quod met. caus.* qui tamen affirmativam defendit, cui & ego adstipulor, ex fundamentali ratione, quia Leges tamdiu habent fundatam intentionem pro se, donec probetur eas contrariâ consuetudine esse abrogatas. Carpzov. *part. 2. decis. 101.* David Mævius *ad jus Lubec. quæst. prælimin. 7. n. 1.* Adamus Lauterbach *conclus. forens. exercit. 1. thes. 1.* & plures ibi relati.

Dubitatur 4. utrùm hæc pœna locum quoque obtineat, etsi pactum sit interpositum, aut instrumento obligationis inserta facultas propriâ auctoritate occupandi vel ingrediendi bona debitoris? ℞. tametsi probabiliùs ille, qui ex pactô rem debitam propriâ auctoritate occupat, creditum non amittat, possessio tamen ejusdem pro legitimâ vix defendi poterit; ratio est ab Impp. Severô & Antoninô *in l. 3. Cod. de pign. & hypothec.* ubi sedes est hujus materiæ, assignata, in verb: *attamen auctoritate Præsidis possessionem adipisci debet;* neque juxta communem sententiam vocabulum *debet* de *urbanitate* intelligendum est, quia, quemadmodum verba in suo proprio significatu sunt accipienda, ita vox *debet* ex naturâ suâ legali necessitatem importat. Carolus Molinæus *ad consuetud. Parisiens. tit. 2. gloss. 1.* & 6

alij

alij relati à Brunnemann. *in l. 13. Cod. de pign. & hypoth.* Accedit, quòd tale pactum contra bonos mores pugnet, materiámque suppeditet tumultibus & civilibus assultibus, quò etiam collimat *Recess. Imper. deputat. de ann. 1600. §.* ob auch auf. Alij tamen tunc possessionem ita occupatam illegitimam esse arbitrantur, quando possessor invadenti se opponit, secùs verò & legitimam esse existimant, cùm Creditore volente res occupatur.

7 Dubium est 5. utrùm contra illum quoque porrigatur, qui propriâ quidem auctoritate rem sibi debitam occupavit, sed ad hunc finem Rescriptum Principis, aut sententiam Judicis obtinuit? Affirmativa similiter decisa est *in l. meminerint 6. Cod. unde vi*, addita ab Impp. ratione, ne injuriarum inde nascatur occasio, unde jura nascuntur, neque enim concedi debet à Principe potestas propria auctoritate rem suam occupandi, & jus sibi dicendi, qui fons omnis est juris. conferatur latè discurrens Salijcetus *in l. 6. Cod. unde vi*, ibique Baldus & Brunneman. Nec obstat 1. quòd ille, qui auctore Principe vel Magistratu possidet, justè possidere censeatur; *l. justè 11. ff. de acquir. vel amitt. possess.* ℞. enim, justè possidere talem censeri, si parte adversâ citatâ, & negotiô legitimè cognitô possideat, secùs verò injustè possidere. vide Salijcet. *ibid.* Minùs refragatur 2. quòd factum Judicis æquiparetur facto partis, *l. si ob causam 13. Cod. de Evict.* pars verò possit dare licentiam propriâ auctoritate ingrediendi fundum, vel ædes debitas, per superiùs deducta. ℞. si factum Judicis est legitimum, tunc æquiparari facto partis, secùs verò nullum sortiri effectum. vide prolixiùs exponentem Salijcetum *in cit. l. 6. Cod. unde vi.*

Ulterior hoc locô est quæstio, 8
utrùm, si Tutor, Curator, vel alius Administrator rem pupillo, minori, vel alij, cujus patrimonium alienæ substat administrationi, debitam violenter vel privata auctoritate invaserit, ea occupatio pupillo aut minori ita noceat, ut crediti sui jacturam patiantur. ℞. neutiquam nocere, cùm culpâ careant, adeóque nulla eos possit pœna manere; neque hoc casu tutores, Curatores, aut Administratores dispendium perferre tenentur, cùm nullum habeant jus, sed ob improbum ausum & perfidam collusionem, quam in pupillorum, vel minorum machinantur perniciem, eis illicò eripitur possessio, illíque, cui est ablata, redditur, ipsi verò in delicti pœnam confiscatis bonîs deportandi sunt. *l. 6. Cod. unde vi*, ibique Salijcet. & Brunnem. Adversùs tertium rei possessorem hæc condictio non porrigitur, cùm sit merè personalis, perpetua tamen est, cùm sit Civilis.

ACTIO

ACTIO

Sive Remedium ex Can. redintegranda cauſ. 3. quæſt. 1.

SUMMARIUM.

1. *Quale ſit remedium hujus Canonis, & quomodo diſtet ab interdicto unde vi.*
2. *An detur contra bonæ fidei poſſeſſorem?*
3. *Negativa eſt Solidior.*
4. *Reſpondetur ad contraria.*

1 Singularibus de recuperanda poſſeſſione remedijs trigeſimô primô loco ſuccedit generale, quod ex *Can. redintegranda cauſ. 3. quæſt. 1.* defluit, & à Roberto Maranta *de ordin. Judicior. part. 4. diſtinct. 7. n. 5.* vocatur omnium utiliſſimum & pleniſſimum, quódque concurrit cum omnibus remedijs poſſeſſorijs; diſtat hoc remedium ab actione interdicti unde vi, quòd hæc non detur, niſi adversùs ſpoliantem per ſe, vel per alium, aut ſaltem ſpoliationem ratificantem, *l. ait Prætor §. dejeciſſe, l. ſed ſi vi ff. de vi & vi armat.* iſtud verò remedium porrigatur contra quemvis ſpoliationis, aut vitij dejectionis conſcium. Nec intereſt, utrùm intermedius poſſeſſor, à quo cauſam tertius habet, in bonâ vel malâ fide fuerit, in periculô enim animæ non refert, an quis ipſe ſpoliaverit, aut rem ab alio ablatam ſcienter detineat. Vallenſ. *de reſtit. ſpoliat. §. 3. n. 2.*

2 Unde exardeſcit controverſia, utrùm hoc remedium ex *cit. Can. redintegranda cauſ. 3. quæſt. 1.* protendatur adversùs bonæ fidei poſſeſſorem, qui rem ſpoliationis causâ ablatam poſſidet, ſpoliationis tamen eſt ignarus? Affirmativam defendunt Maranta *de ordin. Judic. part. 4. diſtinct. 7. n. 50.* Stephanus Gratianus *diſceptat. forenſ. cap. 311. n. 1.* Gaill. *lib. 2. obſerv. 75. n. 10.* & relati Adm. Reverend. & Clariſſ. P. Jacob. Wieſtner *Extr. de reſtitut. ſpoliat. art. 1. n. 14.* & alij. Probatur hæc opinio 1. per generalitatem textûs, in *cit. Can.* imperſonaliter, & ſine reſtrictione loquentis. 2. roboratur per *Can. Epiſcopi 2. dict. quæſt. 1.* in verb. *nulla enim permittit ratio, dum ad tempus eorum bona, vel Eccleſiæ atque res ab æmulis aut à quibuscunque detineantur*, quæ verba generaliter ſanè ſunt intelligenda, conſtitutio autem generalis omnes caſus etiam privilegiatos complectitur, *l. 1. §. quod autem ff. de Aleat.* 3. oſtenditur ex eo, quòd,

quòd, si antiquior probetur possessio, nova præsumatur clandestina. *Cap. licet Extr. de probat.*

3 Tametsi hæc opinio maximâ Doctorum auctoritate sit suffulta, multorúmque tribunalium usu recepta, & ad instar actionis quod metûs causâ æquitati conformis, prout in terminis attestatur A. R. P. Wiestner *dict. loc. n. 15.* in veritate tamen theoricâ negativa est potior, quam etiam defendunt Bartolus *in l. rem qua 15. ff. de acquir. possess.* Menoch. *de recup. possess. remed. 15. à n. 87.* Fachinæus *controvers. lib. 8. cap. 12.* Hunnius *in Treutler. vol. post. disput. 15. quæst. 67.* ratio fundamentalis est, quoniam de jure Civili contra bonæ fidei possessorem non datur restitutio, *l. cùm à te 7. ff. de vi & vi armat.* de jure verò Canonico conceditur solùm adversùs illum, qui est malæ fidei possessor, seu qui scienter rem ablatam possidet. *Cap. sæpe contingit 18. Extr. de restitut. spoliat.* ratio juris Civilis desumitur ex *l. 9. §. si duobus ff. de Public. in rem action.* ubi ex duobus, rem titulô & bonâ fide à duobus non Dominis ementibus, is præfertur, qui possidet, quia melior est conditio possidentis; hinc si contra talem non datur Publiciana, nec dabitur remedium *Can. redintegranda*, cùm ratio Juris Sacri sit partim periculum animæ, & ut peccata tollantur, quæ ratio in bonæ fidei possessore cessat, partim constitutio *Cap. sæpè contingit 18. de restitut. spoliat.* quinquaginta annis post sæpè citatum Canonem promulgata, quæ frustranea fuisset, si remedium *Can. redintegranda* adversùs bonæ fidei possessorem porrectum fuisset, quod haud dubiè non est asserendum, liquet enim, Pontifices per promulgationem Constitutionis *Cap. sæpe contingit cit.* agnovisse, remedium *Can. redintegranda* non dari adversùs bonæ fidei possessorem. conferantur relati à Clariss. P. Jacobo Wiestner *Extr. de restitut. spoliat. art. 1. n. 16.*

4 Rationes in adversum adductæ negativam opinionem non turbant, quoniam, quemadmodum vitium clandestineitatis in bonæ fidei possessore locum habere non potest, cùm sit merè personale, adeóque ad bonæ fidei possessorem idcircò nullatenùs transferri possit, ita *Can. Episcopi 2. caus. 3. quæst. 1.* non est intelligendus de omnibus Successoribus indiscriminatim, sed de ijs solummodò, qui vel ipsi spolium commiserunt, vel saltem commissi scientiam habent, hincque generalitas verborum ex habilitate limitationem recipit. *l. 11. §. 1. ff. de munerib. & honor.* postremò non semper probata antiquiore possessione, nova præsumitur esse clandestina, per ea, quæ tradit Menoch. *de recup. poss. remed. 15. n. 92.*

ACTIO

Ex Interdicto Uti possidetis.

SUMMARIUM.

1. *Describitur Actio ex Interdicto uti possidetis.*
2. *Quotuplex sit.*
3. *Quibus detur hæc actio;*
4. *Qualiter detur hæredibus.*
5. *Adversùs quos detur.*
6. *Tangitur objectum.*
7. *Quamdiu duret.*

1 TRigesima secunda est Actio ex interdicto *uti possidetis*, quod est prohibitorium, & retinendæ possessionis, descendens, prohibebat enim olim Prætor, ne quis in suâ possessione turbaretur, & quamvis in suo Edictô de ædibus solummodò loquatur, intelligendus tamen est de omnibus rebus immobilibus, quemadmodum tradit Bacchov. *in Wesenbec. ff. uti possidet. n. 2.* Describi hæc actio potest, quòd sit Prætoria, realis, annalis, *l. 1. ff. eod.* cujus causam remotam sive instrumentalem constituit legitimus acquirendæ possessionis modus, proximam possessio tanquam species juris in re; *l. 1. §. 1. & 4. ff. uti possid.* nec refert, qualiter quis possideat, naturaliter, an Civiliter, quia qualiscunq; possessor semper plus juris habet, quàm quivis extraneus, qui non possidet; *l. 2. ff. eod.* quin etiam injusta possessio hoc in casu consideratur, modò eam ab adversario non sit assecutus; *l. 1. §. final. ff. dict. tit.* dicitur autem tribûs modis ab adversariô injustè possessionem quis assecutus, 1. precariò, qui enim rem alteri precariò concessit, regulariter adhuc possidere censetur, nisi possessionem absolutè in precarium accipientem transtulerit; *hinc* si in priori casu precarium accipiens adversùs concedentem movere hanc actionem attentaret, repelleretur exceptione vitiosæ possessionis, quemadmodum deducit Menoch. *de retin. possess. remed. 3. à n. 38.* 2. clandestinè, si quis enim clanculariô modô in possessionem se intrusit, aut immissus est, alter possessionem non amittit. *l. 6. in fin. ff. de acquir. vel amitt. possess.* 3. qui adversarium violenter deijcit, quô in casu hoc interdictum locum non habere, cùm non possideat ampliùs, sed ad interdictum unde vi recurrendum esse statuunt Bacchov. *in Wesenbec. ff. uti possid. n. 4.* Eckolt *ff. eod. §. 4.* & alij *ibid.* relati.

Dividitur in directam & utilem, 2
illa pro rebus corporalibus, hæc pro incorporalibus præstituta est; utra-

utraque est mixta, seu duplex, quivis enim potest vicibus actoris & rei fungi. *l. 1. §. 4. l. 3. §. 1. ff. uti possidet. l. 37. §. 1. ff. de oblig. & Action.* ille verò intelligitur esse Actor, qui priùs provocavit, *l. 13. ff. de Judic.* quòdsi ambo simul ad Judicium provocent, sorte res discerni solet. *l. 14. ff. eod.* Carpzov. *part. 1. constit. 7. definit. 23.* & alij relati apud Brunnemann. *in dict. l. 13. ff. de Judic.*

3 Subjectum hujus actionis sunt possessores rerum immobilium, in sua possessione turbati, *§. 4. Instit. de interdict. l. 1. §. 1. & 6. l. 2. ff. uti possid.* sive sint possessores totius, sive partis; nec refert ulteriùs, an civiliter possideant, an naturaliter, *dict. l. 1. §. 8. ff. eod.* quam ob rem Vasallo quoque, Emphyteutæ, Usufructuario, Creditori respectu fundi oppignorati conceditur. Menoch. *de retin. possess. remed. 3. à n. 70.* David Mævius *part. 7. decis. 298.* Utilis verò hæc indulgetur ijs, qui in quasi possessione juris alicujus, seu rei incorporalis turbantur. Menoch. *dict. loc. n. 108.* Illi verò, qui non possident, à motu hujus actionis omninò repelluntur, quales sunt inquilini, coloni, procuratores, mercenarij, & alij similes, qui non sibi, sed alijs possident, atque possessoribus ministerium exhibent, *l. 18. ff. de acquir. vel amitt. possess.* queîs accenseri debent immissi ex primo decreto, qui tamen adversùs Dominum illorum bonorum, in quæ immissi sunt, se tueri possunt. David Mævius *part. 4. decis. 298.* Menoch. *cit. loc. n. 177.*

Eam ob rationem hæredes ante hæreditatis aditionem & actualem rerum hæreditariarum apprehensionem ab hac actione repelluntur, nisi 1. vi statuti possessio in hæredem continuetur, aut 2. turbatus per turbantis machinationem præpeditus fuerit, quò minùs hanc actionem intentare potuerit, vel 3. lis super turbatione contestata jam fuerit, aut denique 4. hæc turbatio omninò jacente hæreditate fuerit mota; consulantur relati à Lauterbach *ff. uti possid. §. 7.* post aditam verò hæreditatem, si damnum per turbationem defuncto fuerit illatum, haud dubiè ejus restitutionem petere potest hæres. Brunnem. *in l. unic. Cod. eod.* 4

Conceditur hæc actio adversùs malitiosos turbatores, qui alios in possessione rerum immobilium turbant, hinc quemadmodum ex parte actoris exposcitur possessio, ita ex parte rei conventi necessaria est turbatio ad hoc, ut hæc actio moveri queat. Dicitur verò possessor turbari, sive dein verbîs, vel factîs, judicialiter aut extrajudicialiter actus possessorius impediatur; *l. 3. à §. 2. ff. uti possid.* minùs refert, utrùm turbans possideat, nécne. *l. 11. ff. de vi & vi armat.* 2. contra illum quoque extenditur hoc interdictum, qui mandavit, vel jussit tur- 5

turbari; adversùs hæredes verò turbantis non porrigitur, *l. 23. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. 12. §. fin. ff. ad exhibend.* nisi casu, quô defunctus ad resarciendum damnum per turbationem illatum jam fuisset condemnatus, ut scribit post alios Menoch. *dict. remed. retinend. 3. n. 834.* Lautterbach *ff. uti possid.*

6 Persequitur hæc actio directa possessionem rerum immobilium, ut lis quasi possessionem rerum incorporalium; *§. 4. Instit. de interdict. l. 1. ff. uti possid. l. fin. ff. & l. unic. Cod. eod.* Menoch. *dict. loc. n. 103.* Carpzov. *part. 2. constit. 7. defin. 11.* & alij relati à Lautterbach *ff. uti possid. §. 9.* collimat enim hæc actio ad conservandam & retinendam possessionem, vel quasi, unde actor necessariò probare debet possessionem rei controversæ, & quidem præsentem, quòd nimirùm tempore litis contestatæ possessor fuerit. *l. 1. §. 2. ff. de interdict. l. 3. §. 6. ff. uti possid.* David Mævius *part. 2. decis. 313.* 2. probare debet, possessionem ab adversario esse turbatam, non enim in possessorio Summarissimo sufficit allegatio antiquioris possessionis. Bacchov. *in Treutl. vol. 2. disput. 25. thes. 3. litt. L.* David Mævius *part. 3. decis. 91.* secùs verò se habet in possessorio ordinario, ubi antiquior possessio prodest. Casu verò, quô probationes possessionis sunt æquales, suspenditur possessorium, donec constet de titulo, *l. 3. ff. uti possidet.* ibique prolixè Brunnemann. Menoch. *de retinend. possess. remed. 3. à n. 733.* quòdsi postremò probationes tam ratione tituli, quàm ratione temporis & continuatæ possessionis sint omninò, apparenter saltem, æquales, tunc litigantes in possessione sunt protegendi, donec alteruter in petitorio demonstraverit, ad quem res pertineat, & Judex usitatâ jam formula Sententiam pronuntiat, *Uti possidetis, ita possideatis:* præstitâ utrinque cautione, ne alter alterum posthac turbet. *l. 3. ff. uti possid.* Menoch. *dict. loc. n. 740.* Anton. Perez. *Cod. eod. n. 14.*

Cœterùm hoc interdictum ratione interesse anni decursu absorbetur, *l. 1. ff. uti possidet.* ratione 7 turbationis verò est perpetuum, ratio est satis manifesta, quoniam & ipsa turbatio perpetua esse potest. Menoch. *cit. remed. 3. à n. 707.* Eckolt. *ff. uti possid. §. 10.* Porrò locum sibi arrogat hæc actio non modò pro submovenda turbatione possessionis illarum rerum, in quibus quis directum, sed etiam in quibus utile solummodò dominium quis obtinet, quemadmodum in Feudo, Emphyteusi, superficie, & alijs consimilibus.

ACTIO

Ex Interdicto de itinere, actúque privato.

SUMMARIUM.

1. *Qualis sit hæc Actio, & quæ ejusdem requisita.*
2. *Quibus, & contra quos detur.*
3. *Quid persequatur.*
4. *Annotatur Actio ex* l. 3. §. 11. ff. de itin. actúque privat.
5. *Quibus, & contra quos hæc actio concedatur.*

1 TRigesimam tertiam Actionem suppeditat Interdictum *de itinere, actúque privato*, quod ad interdicta retinendæ possessionis, vel potiùs ad tuendam quasi possessionem Servitutum refertur, & quamvis Rubrica duarum solummodò servitutum meminerit, attamen ex *l. 1. ff. hic* clarè desumitur, quòd de pluribus, imò de Servitutibus universim agatur. Describi potest hæc actio, quòd sit Prætoria in factum, realis, quæ datur pro defendenda quasi possessione servitutum. Causa ejus remota seu instrumentalis est modus acquirendæ quasi possessionis, proxima est ipsa quasi possessio. Lautterbach *in conclus. forens. exercitat. 23. thes. 13.* Bacchov. *in Treutler. vol. 2. disput. 15. thes. 4.* Ut verò hæc actio cum effectu institui possit, sequentia de jure exposcuntur; 1. ut quis usus sit servitute, triginta saltem diebus. *l. 1. §. 2. ff. de itin. actúque privat.* 2. ut sit usus jure servitutis. *l. fin. ff. eod.* Menoch. *de retinend. possess. remed. 5. n. 15.* 3. ut bonâ fide crediderit, sibi competere servitutem, Menoch. *dict. loc. n. 20.* Brunneman. *in l. 1. ff. dict. tit.* hinc clandestina, precaria, vel violenta quasi possessio non prodest. Lautterbach *ff. de itin. actúque privat. §. 5.* ultimò requiritur, ut omnia reliqua, quæ ad servitutem deposcuntur, qualis est immediata prædiorum vicinitas, concurrant. Brunneman. *cit. loc.* Menoch. *dict. remed. 5. n. 83.*

Conceditur hæc actio quasi possessoribus Servitutum, qui annô à tempore instituendæ actionis retrò computandô ad minimùm 30. dies nec vi, nec clam, nec precariò usi sunt servitute viæ, itineris, aut actûs, vitium verò vel mala fides, quæ post elapsos 30. dies supervenit, non ampliùs obest. *l. 1. §. fin. l. 3. ff. de itin. actúque privat.* Neque hoc in passu refert, quô titulô quis fundum, cui servitutem vindicat, possideat. *l. 3. §. 6. ff. eod.* 2. datur hoc interdictum talium possessorum hæredibus & successo- 2

 ribus,

ribus, *l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. l. 6. ff. dict. tit.* utile verò impertitum est usufructuario. *l. 3. §. 5. & 8. ff. de itin. actúque privat.* Porrigitur adversùs turbatorem, qui impedimentum interponit, quò minùs quis servitute sibi debitâ uti possit. Lautterbach *ff. eod. §. 6.* Struvius *syntagm. Jur. Civil. exercit. 45. thes. 131.*

3 Persequitur hoc interdictum quasi possessionem servitutum, Bacchovius *in Treutler. vol. 2. disput. 15. thes. 4.* Cæpolla *de Servitut. Rustic. prædior. cap. 1. n. 33.* Circa quod sunt, qui distinguant inter Servitutes Rusticas, & Urbanas, pro illis directum, pro his utile interdictum assignantes. vide relatos à Lautterbach *ff. de itin. actúque privat. §. 7. in fin.* 2. persequitur quoque interesse, condemnandus enim est reus, ut à turbatione desistat, eóque nomine sufficienter caveat, præstétque, quanti actoris interest, ab usu servitutis non esse impeditum. *l. 3. §. 3. ff. eod. l. 7. ff. de aquâ quotid. & æstiv.*

4 Altera hujus interdicti Actio subnascitur ex *l. 3. §. 11. ff. de itin. actúque privat.* éstque actio pariter Prætoria, realis, competens quasi possessori servitutum; causa ejus remota est modus acquirendæ possessionis, proxima est ipsa quasi possessio. Ut efficaciter moveri queat, deposcitur 1. ut doceat Actor sibi jus servitutis competere, atque reficiendi potestatem; *l. 3. §. 13. ff. eod.* 2. probare debet quasi possessionem, eámque per annum esse continuatam, ut latè deducit Menoch. *de retinend. possess. remed. 5. n. 98.* reficere verò hoc locô nihil est aliud, quàm aliquid novi facere juxta pristinam formam, *l. 3. §. 15. ff. dict. tit.* hinc patet hoc interdictum continere causam proprietatis. *l. 2. §. 2. ff. de interdict.*

Datur hæc Actio quasi possessori servitutis, qui eam sibi constitutam esse, ac reficiendi jus competere probat, *dict. l. 3. §. 11. ff. de itin. actúque privat.* ejusdemque successoribus tam particularibus, quàm universalibus, *l. 5. §. 2. ff. eod.* neque nocet in hoc casu successoribus vitiosa quasi possessio suorum Authorum. *l. 6. ff. dict. tit.* Porrigitur adversùs omnes, qui refectionem servitutis impediunt, *l. 3. §. 11. & 12. ff. hic.* impedire autem etiam ille censetur, qui necessaria & utilia impedit, cujus exemplum præbet Ulpianus *in l. 3. §. fin. ff. eod.* quòd, si quis ob causam reficiendæ servitutis novum velit jungere pontem, per quem utilia ad refectionem asportare possit, & alter non toleret, vim facere censeatur. *l. 4. ff. de itin. actúque privat.* Quomodo verò sententia in actione confessoriâ lata præjudicium faciat his interdictis, pluribus tradit Menoch. *de retin. possess. remed. 5. n. 124.* 5

ACTIO

Ex Interdicto de aquâ quotidianâ & æstivâ.

SUMMARIUM.

1. Describitur Actio de aquâ quotidianâ.
2. Quibus concedatur, & contra quos.
3. Quis sit ejus finis.
4. Describitur Actio de aquâ æstivâ.
5. Subjicitur Actio de aquâ castellanâ.

1 TRigesimum quartum locum sibi arrogant remedia ex interdicto de aquâ quotidiana & æstiva, quemadmodum enim apud Romanos varij erant modi constituendi aquæductûs, servitutis nimirum designatio, Principis concessio, aut temporis immemorialis lapsus, teste post alios Lautterbach *ff. de aq. quotid. & æstiv.* §. *1.* ita quoque varia sunt præstituta remedia ad aquæductus protegendos, quæ inter primum est interdictum de aquâ quotidianâ, per quod Prætor submovet omne impedimentum aquam ducenti inferendum. Resultat ex hoc interdicto Actio in factum Prætoria, personalis, rei persecutoria, cujus causa remota instrumentalis est modus acquirendæ possessionis, proxima est quasi possessio. Exposcitur ad eam efficaciter movendam 1. ut quis servitute aquæ quotidianæ ducendæ eô annô unâ die, nocte, vel horâ usus sit, *l. 1.* §. *4. l. 2. ff. eod.* unicô enim actu constituitur quasi possessio. 2. exigitur, ut non vitiosè ab adversario quasi possideat. *l. 1. ff. dict. tit.* 3. ut bonâ fide usus sit illâ, atque credat errore facti sibi eam competere; *l. 1.* §. *10. & 19. l. fin. ff. de itin. actûque privat.* jus tamen, seu titulum, quô servitus est constituta, demonstrare non tenetur, in quô distat ab actione confessoriâ, quæ est petitorij, & probationem juris necessariò annexam habet. *l. 24. ff. de Rei vindicat.*

Præstituta est hæc actio quasi possessori hujus Servitutis, & successoribus ejus etiam singularibus, *l. 1.* §. *37. ff. de aquâ quotidian. & æstiv.* contra quemvis turbantem, etsi dominium fundi obtineat; *l. 1.* §. *25. ff. eod.* qualiter verò quis turbet, vel impediat, explicat *cit. l. 1.* §. *27. ff. dict. tit.* Persequitur liberum ductum aquæ quotidianæ, quæ perennis est, *l. 1.* §. *5. ff. de aquâ quotid. & æstiv.* & duci potest; plurimæ enim sunt aquæ perennes, quæ duci nequeunt, quem- 2

quemadmodum puteales, & quæ ita sunt submersæ, ut effluere extra terram, & usui esse non possint. *dict. l. 1. §. 6. ff. eod.*

3 Sicut ergo finis hujus actionis est, ut quis in suâ quasi possessione servitutis defendatur, ita non refert, cujus loci vel qualitatis, an intra vel extra urbem, calida vel frigida sit aqua. *l. 1. §. 13. & 14. ff. dict. tit.* videatur Petrus Myllerus in *not. ad Struvium syntagm. Jur. Civil. exerc. 45. thes. 135.* Lautterbach *ff. de aquâ quotidian. & æstiv.* Cæterùm in hanc actionem quemadmodum Cautio de non ampliùs turbando præstanda venit, ita non minùs si quod interesse fuerit interversum, reparandum est.

4 Alterum ex hac Rubrica defluens interdictum est de aquâ æstivâ, similiter prohibitorium & retinendæ possessionis. *l. 1. §. 32. ff. de aquâ quotid. & æstiv.* est autem aqua æstiva, *quæ fluit ab Æquinoctiali verno, & finitur Æquinoctiali Autumnali, & ita senis mensibûs ætatis & hyemis dividitur.* Actio inde enata describi potest, quòd sit in factum Prætoria, realis, cujus causa instrumentalis remota est modus, quô quasi possessionem quis adipiscitur, proxima est ipsa quasi possessio; impertitum est hoc remedium à Jure omni illi, qui priori æstate aquam non vitiosè duxit, ejusdemque successoribus adversùs quemvis impedientem liberum usum aquæ æstivæ, ad hoc, ut cautionem de non ampliùs turbando, & omne damnum, ac interesse præstet. *l. 1. §. 29. & l. 7. ff. de aquâ quotid. & æstiv.* Secernitur à priori actione hoc remedium 1. ratione objecti, quoniam illius objectum est aqua quotidiana, hujus æstiva; 2. ratione temporis, in illo enim consideratur usus anni præsentis, in hoc anni præteriti, seu æstatis prioris. conferatur Molina *de Justit. & Jur. disput. 705. n. 21.*

Tertium remedium, quod proditur in *cit. l. 1. §. 38. ff. eod.* est de aquâ castellanâ, seu illâ, quæ è castello deducitur. Est similiter interdictum prohibitorium, & retinendæ possessionis, ex quo nascitur Actio in factum Prætoria, realis, cujus causa remota est titulus, quò quasi possessio ducendæ ex castellô aquæ est acquisita, in hoc enim interdicto concessionem à Principe factam, quâ quis jus ducendæ ex castellô aquæ assecutus est, probare debet, haud enim licet aquam ducere ex tali castellô absque Principis permissione. *dict. l. 1. §. 42. ff. dict. tit.* adeóque hæc actio causam quoque proprietatis attingit; est autem castellum aquarum receptaculum, aquam publicam recipiens, ex quo ea ductibus, canalibus, atque fistulis ad usum publicum derivatur. *l. 1. §. fin. ff. de aquâ quotid. & æstiv.* Struvius *dict. exercit. 45. thes. 39.* Lautterbach *ff. eod. §. fin.* Hodiernis moribûs qui- 5

quilibet Magistratus hanc facultatem dare potest. Lautterbach *ff. cit. loc. §. fin.* Petrus Myllerus *in Struvium cit. loc.*

ACTIO

Ex Interdicto de Rivis.

SUMMARIUM.

1. Describitur rivus.

2. Definitur hac actio.

1 TRigesimam quintam stationem sibi asserit Actio, sive interdictum de rivis, in quô Prætor vetat vim fieri illi, qui rivos, specus, & septa reficere proponit, *l. 1. ff. de riv.* quæ vocabula exponens Ulpianus *in cit. l. 1. & ejus §. §. rivus,* ait, *est locus per longitudinem depressus, quô aqua decurrit, dict. l. 1. §. 2. ff. eod. specus verò est locus, ex quo dispicitur, inde spectacula sunt dicta, dict. l. 1. §. 3. ff. eod.* quando nimirùm inspicitur, num aqua fortè per rivos subterraneos rectè illuc perveniat, ut faciliùs damno subveniatur. Molina *de Justit. & Jur. cit. disput. 705. n. 26.* aut quemadmodum Menoch. *de retinend. possess. remed. 7. n. 4.* discurrit, specus est locus subterraneus, per quem aqua operta ducitur. *Septa sunt*, pergit Ulpianus *in dict. l. 1. §. 4. quæ ad incile opponuntur, aquæ derivandæ compellendæve ex flumine causâ, sive ea lignea sunt, sive lapidea, sive ex qualibet alia materiâ sint ad continendam transmittendámque aquam excogitata. Incile* denique *est locus depressus ad latus fluminis, unde primùm aqua ex flumine agi possit, dict. l. 1. § 5. ff. eod.* Molina *de Justit. & Jur. dict. disput. 705.* hincque hoc interdictum, seu ex eo enata actio non solùm ad ipsos rivos, sed ad omnia incilia, fossas, & canales ac puteos pertinet, *dict. l. 1. §. 5. ff. de riv.* nec sola consideratur refectio, sed & purgatio; quid autem sit *reficere*, & *purgare*, ulteriùs explicat Ulpianus *in dict. l. 1. §. 6. & 7. ff. eod.*

Describi potest hæc actio, quòd sit Prætoria, realis, competens reficere vel purgare rivos aut alia loca superiùs adducta volenti, & ejus successoribus adversùs impedientes. Ut autem cum effectu moveri hæc actio possit, deposcitur 1. ut refectio seu purgatio aquæ ducendæ causâ fiat. *dict. l. 1. § 8. ff. de riv.* 2. ut hoc anno, seu priori æstate aqua per rivum vitiosè non sit ducta. *dict. l. 1. §. 9. ff. eod.* 3. ut rivus quoad suum locum, depres- 2

pressionem, sublationem, vel extensionem non mutetur, *sæpè cit. l. 1. §. 10. ff. eod.* 4. & postremò, ut impedimentum vel turbatio ab allegante probetur, si adversarius neget. Causam hujus actionis remotam & proximam delictum & obligatio, subjectum activum & passivum eædem constituunt personæ, quæ in priori interdicto de aquâ quotidianâ & æstivâ sunt adductæ.

ACTIO

Ex Interdicto de fonte.

SUMMARIUM.

1. Definitur Actio de fonte, sive ejus usu non impediendo.

2. Describitur Actio de fonte reficiendo.

1 TRigesimum sextum locum sibi vindicant Actiones ex Interdicto de fonte, quemadmodum enim de ductibus aquæ, ita & de usu fontis duplex est præstitutum interdictum, primum de usu fontis non impediendo, secundum de reficiendo, utrumque retinendæ possessionis. Actio ex priori interdicto desumpta describi potest, quòd sit in factum Prætoria, cujus causa remota seu instrumentalis est modus, quô quis quasi possessionem juris fonte utendi est nactus, proxima est ipsa quasi possessio. Datur ei, qui hoc annô aquâ fontanâ ab adversario non vitiosè est usus, adversùs prohibentem aquam haurire, aut pecus ad aquam appellere, ad hoc, ne dehinc vim faciat aut impedimentum supponat, simúlque cautionem de non ampliùs turbandô præstet. *l. unic. ff. de font.* Conceditur verò directa hæc actio non tantùm de fonte, sed de lacu etiam, puteo, & piscinâ, si aquam contineant vivam & perennem, *dict. l. 1. §. 4. ff. eod.* non verò de cisternis, quæ ex imbribus complentur, & perpetuam non habent aquam, sed de his aliisque locis, quæ vivâ & perenni non gaudent aquâ, utilis datur actio. Petr. Myller. *in not. ad Struvium exercit. 45. thes. 145.* Lautterbach *ff. de font. §. 2.*

Altera ex hoc interdicto enata Actio est de non impedienda refectione aut purgatione fontis, putei, piscinæ, *l. unic. §. 6. ff. de font.* coincidit in omnibus cum actione præcedenti, nisi quod solô objectô distet, detúrque omnibus reficientibus & purgantibus fontes, puteos, aut lacus, aquam vivam habentes, adversùs impedientes, ad hoc, ut 2

ab

ab impedimento desistant, caveántque de non ampliùs turbando. *dict. l. unic. §. 6. & 9. ff. eod.* 2. conceditur contra illos, qui munditiem aquarum turbant, & sordidas vestes vel centones ex fonte proluere, aut sordidis vasculis immissis aquam haurire, vel denique elutiones in fontem vel puteum refundere attentant; vide in terminis Lautterbach *ff. de font. §. 3.*

ACTIO

Ex Interdicto de Cloacis.

SUMMARIUM.

1. *Describitur Actio de Cloacâ privata.*
2. *Definitur Actio de Cloacâ publica.*

1 TRigesimò septimò locò subsequuntur Actiones ex Interdicto de cloacis, cloaca autem est *locus cavus, per quem colluvies quadam fluit*, ut ait Ulpianus *in l. 1. §. 4. ff. de cloac.* continétque tubam atque fistulam; *cit. l. 1. §. 6. ff. eod.* cùm igitur immundities cloacarum & aerem pestilentem, & ruinam minitetur, *l. 1. §. 2. ff. de cloac.* Prætor vim fieri vetuit purganti aut reficienti fistulas & tubas cloacarum, atque duplex præstituit interdictum, unum de privatarum, alterum de publicarum cloacarum refectione non impediendâ. *l. 1. §. 15. ff. eod.* Actio ex priori interdicto prodita est in factum Prætoria, personalis, cujus causa remota est injustum impedimentum, adeóque delictum, proxima est obligatio; datur 1. purgare vel reficere privatam cloacam volentibus, vel privatam cloacam in publicam immissuris, aut novam facturis, ut exitum habeat in publicam; *l. 1. §. 9. ff. dict. tit.* conferatur Molina *de Justit. & Jur. tom. 3. disput. 705. n. 32.* Brunneman. *in l. 1. ff. de cloac.* novam autem facturis cloacam tunc primùm cum effectu conceditur, si cautionem damni infecti, si quod ex operis vitio obtingat, præstent. *l. 1. §. 14. ff. eod.* 2. conceditur & illi, qui prohibetur in alienas ædes venire, & pavimenta rescindere purgandæ cloacæ causâ, si suis sumptibus illa restaurare paratus sit. *l. 1. §. 12. ff. de cloac.* David Mævius *part. 3. decis. 35.* quin & 3. licèt vitiosè aliquis possideat, nullúmque cloacæ usum habeat, modò utilitas publica exigat, hanc actionem movere potest. Porrigitur adversùs vicinos, aliósque, per quo-

quorum ædes decurrit cloaca, reficere & purgare impedientes, *l. 1. §. 8. & 11. ff. de cloac.* prædium enim serviens semper debet pati, ut prædium dominans reficiat, *l. 27. §. 3. ff. de usufr.*

2 Alterum de cloacâ publicâ interdictum actionem suppeditat in factum Prætoriam, personalem, popularem, cujus causa remota est similiter delictum, seu illegitima purgationis aut refectionis prohibitio, proxima est obligatio; datur cuivis de populo, *l. 1. §. 2. ff. de cloac.* præsertim reficientibus & purgantibus, aut novam cloacam struentibus, modò hi posteriores concessionem habeant ab illis, quibus viarum cura est demandata, *l. 2. ff. eod.* cœteroquin enim refectio & purgatio cloacæ publicæ pertinet ad Curatores Reipublicæ, *l. 1. §. 3. ff. dict. tit.* & si eorum negligentiâ aliquod damnum vicinis sit datum, actione in factum ad resarcitionem obstringuntur. *l. 33. §. fin. ff. ad L. Aquil.* Petrus Myller. *in not. ad Struvium syntagm. Jur. Civil. exercit. 45. thes. 148.* Subjectum passivum atque objectum huic actioni cum præcedente commune est.

ACTIO

Ex Interdicto quod vi, aut clàm.

SUMMARIUM.

1. Cujus naturæ sit hæc actio, & quæ sint ejus requisita.
2. Describitur subjectum activum huius actionis.
3. Deducitur subjectum passivum.
4. Tangitur objectum.
5. Ad quid teneatur possidens.
6. Quamdiu duret.

1 Trigesimam octavam Actionem præbet Interdictum quod vi aut clàm, quô Prætor occurrit calliditati eorum, qui aut vi, aut clàm aliquid moliuntur, ut ait Ulpianus in *l. 1. §. 1. ff. quod vi, aut clàm.* Est hoc interdictum restitutorium, si enim in re soli aliquid ad præjudicium alterius vi, aut clandestinè fuit ædificatum, restitui jubet Prætor. *l. 1. §. 4. ff. eod.* Definiri Actio inde descendens potest, quòd sit Prætoria in factum, personalis, annalis, cujus causa remota est delictum, proxima est obligatio. Deposcitur autem ad hanc actionem præcedens aliquod factû, seu opus constructû, sine quo non consurgit ista actio, *l. fin §. 3. ff dict. tit.* & quidem factum violentum, vel clan-

clandestinum; vi autem in re soli fieri dicitur, quando fit contra prohibitionem, & factam novi operis nuntiationem, *l. 1. §. 5. ff. quod vi aut clam. l. 73. §. 2. ff. de Reg. Jur.* clandestinè verò fieri intelligitur, quando quis ob ædificationem propositam litem & controversiá pertimescit, ac eapropter opus celat; *dict. l. 73. §. 2. ff. de Reg. Jur.* vide latè differentem Molinam *de Just. & Jur. tom. 3. disput. 706. n. 4.* subinde utrumque hoc vitium, & violentia, & clandestineitas concurrunt, quemadmodum in casu *l. 11. §. 5. ff. quod vi aut clam* contingit.

2 Datur hæc actio omnibus, quorum interest opus non esse constructum, *l. 11. §. 10. l. 16. ff. eod.* neque refert, sive possideant, sive non, *cit. l. 16. §. 2. ff. dict. tit.* minùs interest, quale jus habeant, an verum, an quasi dominium, aut aliud jus, quoniam & coloni & inquilini hanc actionem movere possunt. *l. 11. §. fin. l. 17. l. 19. ff. quod vi aut clam.* 2. conceditur & eorum hæredibus, & successoribus, *l. 13. §. 5. in fin. ff. eod.* ac 3. denique venditori datur propter opus ante venditionem factum. *l. 1. §. 8. ff. dict. tit.*

3 Movetur adversùs illos, qui vi aut clàm in re soli aliquid construxerunt, vel ædificârunt, *l. 1. ff. quod vi aut clam*, & primò quidem contra illum, qui ædificandi jus non habuit, 2. etiam adversùs illum, qui jus habuit, *dict. l. 1. §. 2. ff. eod.* 3. contra eum, qui fieri aliquid mandavit, aut factum ratificavit. *l. 5. §. 8. 11. & 12. l. 13. §. 6. & 7. ff. dict. tit.* 4. adversùs hæredes, in quantum pervenit. *l. 15. §. 3. ff. quod vi aut clàm.* 5. demùm contra possessores operis porrigitur, *dict. l. 15. in princ. ff. eod.* tametsi ignorantes fuerint operis in præjudicium tertij instaurati, ad hoc, ut non impediant opus submoveri. *l. 7. ff. dict. tit.* Ultimò contra Procuratorem, tutorem, vel Curatorem, qui nomine pupilli, minoris, seu principalis opus quoddam construxit, hac actione agi potest. *l. 5. §. 10. ff. quod vi aut clàm*, ibique Glossa.

Objectum hujus actionis sunt 4 opera in re soli, vel solo cohærenti facta, sive deinde solummodò sint privata, sive publica, religiosa, aut profana. *l. 20. §. fin. ff. eod.* tametsi autem pro rebus mobilibus hæc actio non detur, quemadmodum si in navi quid foret congestum, *cit. l. 20. §. 4. ff. dict. tit.* si tamen opus aliquod foret motum circa arbores, aut super ædificium aliquid sit factum constructúmve, locum habebit hoc interdictum, ratio est, quia hæc solo cohærent. *l. 7. §. 10. l. 8. l. 9. l. fin. §. penult. ff. quod vi aut clàm*, ubi varia subjiciuntur exempla. Debet autem opus reduci ad statum priorem, *l. 1. ff. eod.* ita ut conditio Actoris sit eadem, quæ foret, si opus non esset factum; *l. 15. §. 7. ff. cit. tit.*

 ob-

obstringitur ergo reus conventus opus, quod ipse fecit, vel per alios fieri curavit, destruere, sive dein habuerit jus ædificandi, sive eo fuerit destitutus, qui enim contra prohibitionem vicini construit, ad destructionem semper tenetur, quoniam aliô prohibente non ad violentiam vel clandestineitatem, sed ad legitima remedia est recurrendum. *l. 1. §. 2. ff. quod vi aut clàm.*

5 Unde si ille, qui opus fecit, illud possideat, & impensas & patientiam tollenti opus præstare debet, quòdsi autem non amplius possideat, tunc exstruens expensas, possidens verò demolienti patientiam præstare cogitur, *l. 16. §. 2. ff. eod.* qui verò dolô malô desijt possidere, pro possessore habetur, *l. 15. §. 1. ff. dict. tit.* unde & ad sumptus destructionis, & ad patientiam obstringitur. Præterea reus ad omne damnum & interesse resarciendum tenetur, *l. 16. ff. eod.* quod, alijs probationibus deficientibûs etiam jurejurandô in litem ostendi potest. *l. 71. ff. de Rei vindicat.*

Vita hujus actionis est annalis, *l. 15. §. 3. ff. quod vi aut clam*, annus enimverò iste currit à tempore operis absoluti, sive quô adversarius ab ædificando cessavit; *l. 15. §. 4. ff. eod.* pergit tamen Ulpianus *in cit. l. 15. §. 5. & 6. ff. dict. tit.* aliquos assignare casus, quibus ex singulari ratione, & præviâ causæ cognitione, etiam post lapsum anni hæc actio conceditur. 6

Cœterùm huic Actioni non paucæ solent opponi exceptiones, quæ habentur *in l. 7. §. 3. ff. quod vi aut clàm*, qualis est v. gr. *nisi tu vi, aut clàm feceris*; 2. si per aliam actionem quis interesse suum jam sit consecutus, *l. 15. §. 12. ff. eod.* & plures aliæ, quas annotârunt Lautterbach *ff. quod vi aut clàm §. fin.* Petr. Myllerus *in Struvium syntagm. iur. Civil. exercit. 45. thes. 154.*

Amadæus Eckolt *ff. eod. §. 6.*

ACTIO

Ex Interdicto de precario:

SUMMARIUM.

1. *Quid sit* precarium, *& quotuplici modô accipiatur.*
2. *Qualiter distet à consimilibus juribus.*
3. *Describitur ejus natura.*
4. *Discutitur, utrùm sit contractus.*

6. Re-

5. *Negativa solidior est, ideóque defenditur.*
6. *Refutantur argumenta contraria.*
7. *Quaenam sint differentiae inter commodatum & precarium.*
8. *Quomodo dividatur precarium.*
9. *Quae sint ejus requisita.*
10. *Subjicitur Actio ex hoc interdicto descendens.*

1 TRigesimam nonam Actionem substernit Actio ex Interdicto de precario descendens, ubi post binas jam vitiosae possessionis, clandestinae scilicet & violentae, deductas species, de tertia, sive de possessione precariâ agitur, quae quidem possessio precariò obtenta ex se nullô est affecta vitiô, sed illud primùm superinducitur per inficiationem & negationem precarij, & quando quis rem precariò acceptam restituere detrectat, híncque talis possessio ad praescriptionem non confert, Wisenbach *ff. de precar. in princ.* & relati à Myllero *in Struv. syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 156.* eàmque ob rem, cùm nulla saltem antiquitùs Civilis actio esset prodita, hoc interdictum ad rem ita precariò datam repetendam est praestitutum, siquidem magìs beneficij, quàm negotij naturam sapit. Zoesius *ff. de precar.* Nuncupatur verò *precarium* à *precibus*, ut liquet ex *l. 1. ff. hoc tit.* etsi quoque absque precibûs obtineri possit, *l. 4. §. 2. ff. eod.* accipitúrque variè, aut pro ipsâ re in precarium datâ, *l. 2. §. 3. ff. de precar.* aut pro ipso negotio, seu actu, quô res precariò datur, aut denique pro jure & obligatione illinc descendente.

Differt 1. à *precarijs*, de Jure Sacro usitatis, quae sunt jus utendi fruendi re Ecclesiasticâ, sine vel sub certâ pensione annuâ, in perpetuum, vel ad certum tempus, ita ut de quinquennio ad quinquennium renovari debeat. *Cap. 1. Extr. de precar.* non minùs quoque differt à *precariâ*, quô vocabulô in ultimis voluntatibus & materiâ fideicommissorum utimur, ut *in l. 16. Cod. de pactis* substitutio *precaria* vocatur; quam in rem erudite scribit Georg. Biccius *in Comment. ad l. 3. §. 5. ff. de acquir. vel amittend possess.* ubi differentiam subjicit inter *precariam*, *precarias*, & *precarium*, sequentibúsque versiculis eam adumbrat: 2

Ria, Riae, Rium, *tria sunt, quibus est caput unum,*
Ria, *cum moritur, citra nec vult renovari,*
Riae, *magìs vivit, post lustrum nempè renascens,*
Rium, *sicut ego, moritur, cùm vult suus Auctor.*

De-

3 Describi igitur precarium potest, quòd sit liberalitas, quâ precibus petentis res utenda gratis conceditur, ita ut regulariter, quandocunque concedenti libuerit, illam revocare liceat. Lautterbach *ff. de precar.* §. 3. Struvius *syntagm. jur. civil. exercit. 45. thes. 156.* ibique Petrus Myller. *in not.* Zoesius *ff. cit. loc.*

4 Quô locô inter D.D. non leve est enatum dissidium, utrùm precarium contractibus sit annumerandum? Fundamenta affirmantium sunt 1. quia ex precario datur Actio Civilis præscriptis verbis, quæ contractuum innominatorum est propria. *l. 2. §. 2. in fin. l. 19. §. 2. ff. de precar.* 2. in precario conficitur aliquod negotium per consensum dantis & accipientis, ita ut tamdiu accipiens re uti queat, donec ipsi concedenti libuerit. *l. 2. §. 2. ff. eod.* 3. precarium proximè accedit ad contractum innominatum do, ut facias, vel facio, ut facias. Duarenus *ff. de precar.* Donell. *comment. jur. lib. 14. cap. 34.* Bacchov. *in Treutler. vol. 1. disput. 24. thes. 5. litt. C.*

5 Mihi videtur precarium magis sapere naturam liberalitatis, quàm contractûs, quæ assertio stabilitur 1. in *l. 14. ff. de precar.* ubi ait Paulus: *interdictum de precario meritò est introductum, quia nulla eò nomine juris Civilis actio esset, magis enim ad donationes & beneficii causam, quàm negotij contracti spectat precarij conditio.* 2. probatur ex *l. 14. §. 11. ff. de furt.* in quâ Ulpianus quærit, an is, qui precariò servum rogavit, eô surreptô habeat furti actionem, & negativè respondet, ex ratione, quòd non sit contra eum Civilis Actio, ideóque interdictum necessarium visum fuerit. Confirmatur ulteriùs 3. ex *l. quæsitum 8. 6. fin. ff. de precar.* ubi hæres ex dolô defuncti in tantum obstringitur, in quantum ex precariô ad eum pervenit, si igitur precarium esset contractus, in solidum utique teneretur. *l. 12. ff. de Obligat. & Action.* Postremò hæc assertio probatur ex remotione omnium specierum contractuum, quoniam nec ad contractus nominatos, nec ad innominatos reduci potest, prout prolixè probat Georgius Biccius *in aict. tract. quæst. 6.* Lautterbach *ff. de precar.* §. 4. Hilliger *in Donell. comment. lib. 14. cap. 34.* Bacchovius *in Treutl. vol. 1. disput. 24. thes. 5. litt. B.*

Argumenta in contrarium adducta facili brachiô enervantur; 6
ad primum ℟. ex hoc, quòd ex aliquô negotiô aut gestione oriatur Actio, haud protinùs sequi, tale gestum esse contractum, cùm ex delictis quoque & pactis legitimis actiones subnascantur, & tamen ista in censum contractuum non veniant, præterquàm quod & ab initio, quô precarium solummodò instar donationis erat, nulla videatur eô nomine fuisse prodita Civilis actio, eámque ob rem Prætor permotus fuit,

fuit, ut hoc interdictum proponeret, successu tamen temporis ob similitudinem, quam precarium cum commodato obtinet, ICti actionem ei etiam Civilem ac commodârunt, quemadmodum advertit post Bacchovium *cit. loc.* Biccius *dict. quæst. 6.* Ad secundum argumentum nego, quòd in precario verum civile negotium geratur, dependet enim precarium à liberrimâ concedentis voluntate, quæ dependentia à naturâ & indole contractuum omninò abhorret, *arg. l. 17. §. 3. ff. commodat.* Tertia ratio per decisionem abolita jam est.

7 Tametsi autem magna sit commodatum inter & precarium affinitas, variæ tamen interijciuntur differentiæ, quas inter est 1. quòd commodatum sit verus contractus, *l. 17. §. 1. ff. de pact.* precarium verò sit negotium vagum, hinc 2. ex commodato ultrò citróque enascitur obligatio, *dict. l. 17. §. 3. ff. commod.* non verò ex precario, quia à liberrimo concedentis dependet arbitrio. *l. 8. §. 3. ff. de precar.* 3. commodatarius præstat dolum, culpam latam, levem & levissimam, *l. 5. §. 2. ff. commod.* precarium accipiens dolum tantùm & culpam latam. *dict. l. 8. §. 3. ff. de precar.* 4. commodatarius nunquam nanciscitur possessionem rei commodatæ, precarium autem accipiens, si eam precibûs rogavit, consequitur. *l. 8. ff. commod.* 5. precarium morte rogantis indistinctè extinguitur, *l. 12. §. 1. ff. de precar.* secùs se habet in commodatario. 6. in commodato hæres commodantis, quamvis nihil ad eum pervenerit, in solidum obstringitur, non verò hæres rogantis precarium. *l. 8. §. fin. ff. eod.* postremò commodatum ante finitum usum non potest revocari, secùs est in precario, *l. 1. l. 2. §. 2. ff. dict. tit.* utpote quod nec ad tempus tacitum, nec ad expressum concedi potest, non ad tacitum, quoniam illud involvit certum & determinatum usum, qui in precario locum habere non potest; non ad expressum, cùm res in precarium concessa ad nutum concedentis possit revocari, *dict. l. 1. & l. 2. §. 2. ff. de precar.* Nec obstat *l. 4. §. fin. & l. 5. ff. de precar.* tametsi enim rogatio ad tempus sit facta, talis tamen rogatio nullius est effectûs, cùm semper possit res repeti etiam ante tempus finitum. Hilliger *in Donell. lib. 14. cap. 34. litt. H.* Biccius *dict. loc.*

Precarij divisionem non unam 8
passim substernunt DD. Earum prima est in *simplex* precarium, & *non simplex*, prius est, si solius rei usûs rogetur, posterius, si præter rei usum in precarium concessæ, ejus quoque rogetur possessio. Secundam precarij divisionem adstruunt in *purum*, quod ad solius rogantis preces est concessum, & *mixtum*, cui modus & tempus fuit adjectum, ita ut & lucellum inde acquisitum non noceat, quam divi-

ſionem, tanquam à jure exorbitantem, ego cum Bacchovio & Biccio *cit. loc.* non conſidero.

9 Depoſcitur autem ad precarium 1. conſenſus utriúsque, tam concedentis, quàm accipientis. *l. 1. §. 2. ff. de precar.* 2. traditio, *dict. l. 1. §. 2. ff. eod.* 3. ut uſus, ad quem res conceditur, ſit indeterminatus, nullóque tempore circumſcriptus. *l. 15. ff. dict. tit.* ultimò, ut talis uſus ſit gratuitus. *l. 2. §. 3. l. 8. §. 3. l. 14. ff. de precar.*

10 Actio orta ex hoc interdicto deſcribi poteſt, quòd ſit in factum Prætoria, perſonalis, rei perſecutoria, cujus cauſa remota eſt precarium, proxima eſt obligatio; Datur 1. illi, qui roganti uſum vel poſſeſſionem rei alicujus conceſſit, tametſi non ſit rei Dominus, nec ipſe poſſideat; *l. 18. ff. de precar.* competit 2. & concedentis hæredi, *l. 8. §. 1. ff. eod.* quin & ſucceſſori ſingulari, ita quidem, ut ex propriâ perſonâ hanc actionem conſequatur, ratio eſt, quoniam hoc ipsô, quòd precarium à ſuo anteceſſore conceſſum non revocat, novum conſtituere cenſetur. *l. 8. §. 2. ff. dict. tit.* Porrigitur contra precarium rogantes vel poſſidentes, *l. 4. §. 2. ff. de precar.* vel contra dolô malô poſſidere deſinentes; *l. 8. §. 3. ff. eod.* adverſùs eorum hæredes in ſolidum datur, ſi rem precariò conceſſam dolosè retineant, *l. 2. Cod. de precar.* aut dolô fecerint, quò minùs poſſideant; ſi verò ex dolô defuncti moveatur hæc actio, in tantum tenentur, in quantum ad eos pervenit. *dict. l. 8. §. 7. ff. eod.* ibíque Gloſſa & Brunneman. Objectum hujus actionis conſtituunt res precariò traditæ, cum quibus acceſſoriè quoque damnum, quod dolô & culpâ latâ eſt datum, reſarciendum venit; *l. 8. §. 3. ff. eod.* excipitur, niſi per pactum major gradus culpæ ſit adjectus, aut precarium accipiens in reſtituendo moram commiſerit, poſt moram enim omnis culpa præſtatur. *l. 8. §. 6. ff. de precar.* Anton. Perez. *Cod. de precar. n. 6.* Lautterbach *ff. eod. §. 17.* cùm autem hæc actio ſit rei perſecutoria, perpetua eſt. *l. 8. §. 7. ff. de precar.* Lautterbach *ff. eod. §. 15.* Petrus Myller. *in Struv. ſyntagm. Jur. Civil. exercit. 45. theſ. 160.*

ACTIO

ACTIO

Ex Interdicto de arboribus cædendis, & glande legendâ.

SUMMARIUM.

1. *Delineatur Actio ex Interdicto de arboribus cædendis.*
2. *Deducitur ejus subjectum activum & passivum.*
3. *Recensentur ea, quæ ad hanc actionem deposcuntur.*
4. *Subnectitur alia Actio ab hoc Interdicto profluens.*
5. *Describitur Actio ex Interdicto de glande legendâ descendens.*

1 QUadragesimam Actionem præbet Interdictum de arboribus cædendis. Duplicem autem hoc interdictum actionem gignit, unam, quâ quis omne impedimentum à suis ædibus, vel saltem ab ædibus, in quibus usumfructum habet, amolitur, alteram, quâ quis prædia rustica defendit. Ex casûs figuratione quæstio magis liquet; si vicinus meus in suô prædiô arbores habeat, quæ in meas impendeant ædes, obscurent lumina, aut aliud impedimentum mihi substernant, eúmque jam semel admonuerim, ut eas arbores succidat, si id non præstat, mihi illas succidere licet, si verò succidentem impediat, datur mihi adversùs prohibentem interdictum prohibitorium, seu Actio in factum Prætoria, personalis, rei persecutoria, cujus causa remota est iniqua prohibitio, proxima est obligatio.

2 Datur inprimis Domino ædium, sive solus sit Dominus, sive ædes sint communes; *l. 1. §. 5. ff. de arbor. cædend.* 2. conceditur usufructuario, quando impendentes arbores ei impedimentum afferunt. *l. 1. §. 4. ff. e. d.* porrigitur adversùs illum, qui impendentes arbores possidet, jámque admonitus est, ut eas submoveat, ad hoc, ut patientiam præstet eas tollenti; *l. 1. §. 6. ff. dict. tit.* collimat ergo hæc actio, ut arbores tollantur, quæ impedimentum interijciunt, nomine verò arborum veniunt & vites, *dict. l. 1. §. 3. ff. de arborib. cædend.* arundines, & hederæ, aliáque in prædiô urbanô lumen adimentia; conferatur Molina *de Just. & jur. tom. 3. disp. 699.* ubi latè discurrit de damno ab arboribus datô.

Ad hoc autem, ut hæc actio moveri possit, exposcitur 1. ut arbor ex vicinô prædiô in ædes nostras, aliúdve prædium urbanum 3

 im-

impendeat, per quam impendentiam impedimentum lumini, alteriúsve rei usui afferatur. *l. 1. §. 2. ff. de arbor. cædend.* 2. ut Dominus ædium, vel ille, cujus interest, imploratô officiô Judicis curaverit, Domino arborum denuntiari, ut eas succidat, aut radicitùs evellat, ne dehinc obesse queant. *l. 1. §. 6. ff. eod.* Molina *dict. disput. 699. n. 14.* quin si Dominus arborum sit in mora, licet Domino ædium eas exscindere, lignáque sibi usurpare; *l. 1. §. 2. ff. de arborib. cædend.* quòd si tertio ligna recidenti tollentique vis fiat, pariter dabitur hæc actio. *dict. l. 1. §. 6. ff. eod. l. 1. Cod. de interdict.* ibique Brunnem.

4 Alterum interdictum, seu inde resultans Actio, præstituta est de cædendis arboribus, in prædium rusticum impendentibus, distat ergo à priori actione 1. ratione objecti, hæc enim de rusticis, prior de prædijs urbanis datur; 2. etiam fine dissidet, in priori enim licet arbores radicitùs evellere, & ligna auferre, in hoc solummodò ramos ad 15. pedes usque à terra circumcidere, amputare, & ligna sibi habere, verba sunt Ulpiani *in l. 1. §. 7. ff. de arbor. cædend.* in tantum ergo licitum est arbores in prædium rusticum impendentes coercere, ne noceant prædio. *dict. l. 1. §. 8. ff. eod.* cœteroquin in ordine ad subjectum & objectum cum priori omninò convenit.

Alia hic annectitur Actio ex Interdicto de glande legendâ, quæ proximam & quasi consectaneam cum priori necessitudinem habet, quod efformatione casùs apparet: quando vicinus passus est ramos meæ arboris in suum prædium propendere, pati quoque debet, fructus ex ramis cadentes me legere, ratio est, cùm jure soli fructus mei esse censeantur; hinc si vis mihi fiat, aut à legendo impediar, hæc actio est prodita; nec solùm de glande legendâ, sed de omnibus fructibus hoc interdictum est intelligendum, omnes enim fructus nomine glandis veniunt. *l. unic. §. 1. ff. de gland. legend. l. 236. §. 1. ff. de V. S.* Est hæc Actio Prætoria, in factum, personalis, rei persecutoria, cujus causa remota est iniqua prohibitio ac vis, proxima est obligatio; datur Domino arboris & ejus hæredibus, adversùs prohibentem legere fructus, non tamen contra hæredes, nisi factô suô tollenti fructus impedimentum substernant, ad hoc, ut liberè fructus colligere liceat. Durat hæc actio triduô, eóque elapsô fructus pro derelictis habentur. *l. unic. ff. de gland. legend.* Lautterbach, Eckolt, & Zœsius *ff. eod.* 5

ACTIO

ACTIO

Ex Interdicto de Libero homine exhibendô.

SUMMARIUM.

1. *Qualis sit Actio ex hoc interdicto, & quæ ejus requisita?*
2. *Quid juris, si quis dubitet, an detentus sit homo liber.*
3. *Subjicitur secundum speciale requisitum.*
4. *Describitur subjectum activum,*
5. *Et passivum.*
6. *Quibûs casibûs cesset.*

1 EXpositîs plerîsque interdictîs, quæ ad res tam publicas, quàm familiares pertinent, subsequuntur alia, quæ personas respiciunt; hæc inter primum obtinet locum interdictum de libero homine exhibendo, quod à Prætore protegendæ libertatis causâ est præstitutum. *l. 1. §. 1. ff. de liber. hom. exhib.* Enascitur ex hoc interdictô Actio quadragesima prima, quæ est in factum Prætoria, personalis, popularis, perpetua, cujus causa instrumentalis est delictum, dolosa nempè liberi hominis detentio, *dict. l. 1. ff. eod.* proxima est obligatio. Duo igitur, ut hæc actio oriatur, in genere deposcuntur, 1. ut homo *liber* detineatur, detineri autem dicitur, quando facultas abeundi vel remanendi est adempta; *l. 2. ff. de liber. hom. exhib. l. 48. ff. de V. S.* 2. ut ista detentio sit *dolosa. l. 3. §. 2. ff. de liber. hom. exhib.* ut verò *dolosa* dici detentio queat, ulteriùs & in specie exigitur 1. ut detinens notoriè sciat, detentum esse hominem liberum, si enim autumavit esse Servum, vel ignoravit esse liberum, dolô caret, *l. 3. §. 6. ff. eod.* dolus namque est machinatio & calliditas aliquem circumscribendi, quam calliditatem error & ignorantia submovet, donec quis certioretur, ut asserit Ulpianus in *dict. l. 3. §. 6. ff. dict. tit.*

At verò quid asserendum est de dubitante, qui ambigit, utrùm liber sit aut Servus, qui detinetur, cuîque statûs controversiam detentor movet? Dubium terminat laudatus Ulpianus *in cit. l. 3. §. 7. ff. de liber. hom. exhib.* asserens, in hoc casu locũ fore actioni præjudicij, ne alienæ cognitioni fiat præjudicium, cujus ulterior est ratio, quoniam, qui dubitat, nec animum lædendi, nec decipiendi habet. 2

Exposcitur in specie 2. ut detineatur nolens & invitus, quemadmodum enim volenti non fit injuria, *l. 1. §. 5. ff. de injur.* ita dolus in volentem & consentientẽ non committ- 3

mittitur; *l. 1. §. 5. ff. de liber. hom. exhib.* hinc si creditor suum debitorem spontè delitescentem detineat, ad exhibitionem hac actione pulsari non potest, cùm ejus pecuniariter intersit. Lautterbach *ff. eod.* §. 5. Excipitur, nisi dolosis machinationibus persuasus in detentione perseveret, *l. 3. §. 5. ff. dict. tit.* in quo casu detentor dolô haud caret. Postremò solus debet subesse dolus, *l. 3. §. 2. ff. de liber. hom. exhib.* si enim probabilis subforet causa, de quibus agetur inferius, cessaret hæc actio.

4 Porrò subjectum hujus actionis activum efformant omnes de populo, cujusvis enim interest, hominem liberum non supprimi. Manz. *Instit. d. interdict. n. 94.* Casu verò, quô plures concurrunt, ille à Prætore (hodie à Magistratu) est eligendus, cujus præcipuè interest; quòdsi nullius singulariter intersit, magis idoneus erit admittendus. *l. 3. §. 12. ff. de liber. hom. exhib. l. 2. & l. 3. §. 1. ff. de popular. action.* quin &, si pro conjunctione sanguinis vel affinitatis agere velint, mulieres & pupilli admittuntur. *l. 3. §. 11. ff. de liber. hom. exhib. l. 6. ff. de popular. action.*

5 Subjectum verò passivum sunt, qui dolô malô, & concurrentibus cœteris, quæ suprà annotata sunt, requisitis, hominem liberum detinent; datur verò ista actio ad hoc, ut exhibeatur detentus, & in publicum producatur, *dict. l. 3. §. 4. ff. de liber. hom. exhib.* nullâ ætatis, sexûsve habitâ differentiâ, unde tam pubes, quàm impubes, tam mas, quàm fœmina, tam illi, qui sui, quàm qui alieni sunt juris, exhibendi veniunt, sola quippe in considerationem deducitur libertas, cujus favores omnibus absque distinctione patent. Exhibitionem si denegat conventus, litis æstimatio ab eo est præstanda, & quidem, quotiescunque convenitur, reiteranda. *l. 3. §. 13. in fin. ff. eod.* Quoad durationem hæc actio est perpetua, cùm libertati præscribi nequeat. *l. 3. §. fin. ff. dict. tit.*

Cessat tamen dolus, ac per consequens etiam hæc actio 1. si quis eum asservet, quem in potestate habet, *l. 3. §. 2. ff. de liber. hom. exhib.* aut aliquem detineat ex genuino synceróque affectu, quemadmodum filium emancipatum. 2. si quis detineat Libertum, alumnum, noxæ deditum adhuc impuberem, *dict. l. 3. §. 4. ff. eod.* 3. si quis illum detineat, quem ex captivitate redemit, donec ei lytrum solvatur. *cit. l. 3. §. 3. ff. dict. tit.* 4. quando bonâ fide liber homo pro servo detinetur, aut talis, de cujus statu dubitatur; vide sæpè *cit. l. 3. cum suis §. §. ff. de liber. hom. exhib.* 6

AC-

ACTIO

Ex Interdicto de Liberis exbibendis, item ducendis.

SUMMARIUM.

1. *Describitur Actio ex Interdicto de liberis exhibendis.*
2. *Deducitur Subjectum ejus Activum.*
3. *Contra quos porrigatur.*
4. *Subnotatur actio ex Interdicto de liberis ducendis descendens.*

1 QUadragesimum secundum locum, subministrante Interdicto *de liberis exhibendis, item ducendis*, obtinet duplex ex hoc interdicto promanans Actio, una de liberis exhibendis, altera de liberîs ducendis, quarum prior ad alteram est præparatoria, quoniam priùs exhiberi debent liberi, antequàm ducantur. Eckolt *ff. de liber. exhib. item ducend.* Prior describi potest, quòd sit Actio personalis, in factum Prætoria, cujus causa remota saltem instrumentalis est detentio liberorum, patria enim potestas solummodò in consequentiam in hac actione tanquam causa impulsiva in Judicium deducitur, proxima est obligatio.

2 Subjectum activum constituunt Patres & Avi, qui liberos vel nepotes in potestate habent; *§. 1. Instit. de interdict. l. 1. §. 2. & 3. ff. de liber. exhib. l. 2. Cod. eod.* hinc matri regulariter non conceditur, nec patri ad exhibendum filium emancipatum, vel ex aliâ quacunque causâ patriâ potestate egressum, licèt Judex etiam per injuriam liberatum à Sacris paternis pronuntiâsset; *l. 1. §. 4. ff. de liber. exhib.* si autem filius neget, se esse in patriâ potestate, extra ordinem est judicandum, *l. 3. §. 3. ff. eod.* casu verò, quô filius foret impubes, differenda est hæc actio in tempus pubertatis, *dict. l. 3. §. 4. ff. dict. tit.*

3 Porrigitur adversùs illos, qui liberos invitos detinent, spontaneô námque motu si apud alium morantur liberi, hoc judicium moveri nequit, magis quippe in tali casu apud se, quàm apud alium existunt. *l. fin. ff. de liber. exhib.* Quoniam autem hodie subinde contingit, ut filius in approbata aliquâ Religione, Collegio, aut aliô locô, à Constitutionibus Imperij non reprobatô moretur, in tali casu in ordine ad Examen super aliquâ re instituendum necessariò quidem exhibendus, non tamen ducendus est. *l. fin. ff. eod.* Neque impedit hanc actionem detentionis causa ab adversario fortè opposita, Prætor enim

nim in hoc interdicto nullam admittit causam, *l. 1. §. 2. ff. dict. tit.* nisi quæ sunt ex verbis ipsius Edicti conjecturandæ. Manzius *de interdict. n. 113.* Protenditur quoque regulariter contra ipsam matrem, cum causæ tamen cognitione, eâ igitur accedente exhibitionem & deductionem mater denegare potest; in hac autem causæ cognitione versatur, an mater in retinendo & educando filio potior sit patre, & illa notæ auctoritatis, hic verò notæ nequitiæ; educatio tamen tunc matri concessa patriæ potestati, ejúsque effectibus non præjudicat. *l. 1. §. 3 & 4. ff de liber. exhibend.* Cœteroquin patri, filiam nuptam à genero exhiberi petenti, opponi potest exceptio, partim ne pater contra congenitam pietatem nimis acerbè eam tractet, aut exerceat, partim ne matrimonia sub prætextu patriæ potestatis disturbentur. *l. 1. §. fin. & l. 2. ff. eod.* Manzius *Instit. dict. loc. n. 116.* Objectum constituunt filij, filiæque in patriâ existentes potestate, absque discrimine gradûs, an in primo vel secundo sint; præcipuus verò finis hujus actionis est, ut liberi exhibeantur. Cœterùm ex hactenùs deductis patet, liberos infideles, si ex motivo Religionis suscipiendæ à suis parentibus auffugiant, neutiquam esse exhibendos, ducendósve, de quo vide præjudicium apud Lauterbach *ff. de liber. exhib. §. 6.*

Alterum interdictum est prohibitorium, quô Prætor vim fieri vetat parentibus, filios suos ducentibus, *l. 3. ff. eod.* distátque à priori solummodò fine, antecedens enim est posterioris præparatorium, *dict. l. 3. §. 2. ff. cit. tit.* Enascitur verò ex hoc quoque interdicto actio personalis, Prætoria in factum, cujus causa remota est delictum, positio nempè impedimenti, quò minùs pater abducere liberos possit, proxima est obligatio. Actionis hujus directæ subjectum & objectum est idem, quod actionis præcedentis, utilis verò actio etiam conceditur marito ad ducendam uxorem, quæ invita etiam à patre detinetur, *l. 2. Cod. de liber. exhib.* Sanchez *de Matrim. lib. 9. disput. 9.* quin si maritus ex causâ necessariâ vagetur, illum sequi uxor tenetur, Heigius *part. 2. quæst. 14.* Hartmann. Pistorius *observ. 148.* ad quod tamen cogenda non est, si maritus sævitiam in eam exerceat, nisi sufficientem præstet cautionem. Manz. *dict. loc. n. 118.* 2. utilis hæc actio conceditur illis, qui jus in personam sortiuntur, quales sunt Domini directi, Abbates aliíque Prælati, qui in Vasallos, Religiosos & homines proprios jus habent, ad eósque exhibendos & ducendos agere possunt, quemadmodum post Schneidevvinum tradit Hartprecht *in §. 1. Instit. de interdict. n. final.*

ACTIO

Ex Interdicto de Utrubi.

SUMMARIUM.

1. *Unde derivetur hac vox* utrubi, *& quare hac actio sit introducta.*
2. *Quomodo differat ab interdicto uti possidetis.*
3. *Describitur actio hujus interdicti.*

1 QUadragesimam tertiam actionem exhibet Interdictum *de Utrubi* dictum, quæ vox compilatur ex vocabulis *Utrum* & *ubi*; ponitur autem *ubi* pro *apud*, & *utrum* pro *quem*, res enim mobiles dicuntur *apud aliquem* esse, hinc idem est, ac si Prætor dixisset: *apud quem est res mobilis nec vi, nec clam, nec precariò, ei vim fieri veto.* Manz. *in §. 4. Instit. de interdict. n. 33.* Lautterbach *ff. hic §. 1.* Petrus Myllerus *in not. ad Struvium Syntagm. Jur. Civil. exercit. 45. thes. 168.* Pertinet verò hoc interdictum ad tuitionem rerum mobilium, *l. Unic. §. 1. ff. utrub.* quamvis autem Prætor in *cit. l. unic.* solius *hominis* mentionem faciat, ea tamen, quæ de *homine* Prætor hic constituit, de quavis re mobili obtinere debent, quoniam vox *hominis* simpliciter & absque adjectione *liberi* in legibus posita communiter de servo est intelligenda, qui de jure civili non tam pro homine, quàm pro pecude, aut aliâ re mobili habetur, ea autem, quæ de specie dicuntur, non rarò de genere obtinent, ut post Biccium ferè in terminis discurrit Petr. Myller. *dict. loc.* Mirum tamen videri potest, cur Prætor hoc interdictum proposuerit, quando quis in possessione rei mobilis turbatur, cùm tamen nullum dederit, si quis à possessione rei mobilis deijciatur. ℞. in posteriori casu satis per alia remedia ordinaria & civilia spoliato consultum esse, quibûs damnum reparetur, qualia sunt Actio vi bonorum raptorum, actio furti, ad exhibendum, secùs verò obtinet in hac contingentiâ, quâ quis solùm turbatur in possessione rei mobilis, pro quâ nulla alia à Legibus præstituta sunt auxilia.

Distabat olim hoc interdictum 2
ab Interdicto *uti possidetis*, quòd in interdicto *uti possidetis* ille vinceret, qui redditi interdicti tempore nec vi, nec clàm ab adversario possidebat, in interdicto autem *utrobi* ille, qui majore anni retrorsùm numerati parte nec vi, nec clàm possidebat, §. *retinendæ Inst.*

stit. de Interdict. neque solùm ad retinendam, sed & ad vindicandam possessionem, quam majore anni parte legitimè quis habuit, adeóq; etiam ad exhibendum eô agi poterat. *l. 3. §. 2. ff. ad exhibend.* Hodie ad instar interdicti *uti possidetis* competit solùm ad possessionem retinendam, neque ampliùs ad exhibendum agi potest, Wisenbach *ff. hoc tit.* & quemadmodum in interdicto uti possidetis ille vincit, qui possessionem nec vi, nec clàm, nec precariò tempore litis contestatæ habet, ita & in hoc interdicto obtinet; *§. 4. Instit. de interdict. l. 3. §. 2. ff. uti possidet. l. unic. ff. utrub.* ibique Brunneman. Hilliger *in Donell. lib. 15. cap. 32. litt. H.* per consequens hodie solummodò ratione objecti secernuntur, cùm hoc interdictum tantùm ad retinendam pos-possessionem rerum mobilium detur, interdictum verò *uti possidetis* ad possessionem rerum soli, seu immobilium, & incorporalium defendendam sit concessum. Petr. Myller. *in not. ad Struvium syntagm. Jur. Civil. exercit. 45. thes. 169.* 3

Nascitur igitur ex hoc interdictô Actio in factum Prætoria, quæ ex parte actoris videtur esse realis; causa ejus remota saltem ex parte rei est delictum, vis videlicet turbativa, proxima est obligatio; datur possessori rerum mobilium, adversùs quovis modò turbantem, ad protegendam suam possessionem; in quo & pluribus alijs cum interdicto *uti possidetis* convenit.

ACTIO

Ex Interdicto de migrando.

SUMMARIUM.

1. *Qualis, & quotuplex sit hæc Actio.*
2. *Quodnam sit ejus objectum.*
3. *Quando liceat migrare.*

1 QUadragesima quarta Actio subnascitur ex Interdicto de migrando, cujus objectum sunt pariter res mobiles, quóque Prætor vim fieri vetat inquilino, migrare, & res suas in prædium urbanum illatas ex eô in alium locum transferre paranti; *l. 1. ff. de migrand.* patet ergo esse interdictum prohibitoriũ & retinendæ possessionis, ex quo oritur Actio in factum Prætoria, personalis, rei persecutoria, perpetua, causa ejus remota est iniqua impedimenti positio, proxima est obligatio; *l. 1. §. fin. ff. de migrand.* dividitur in directam & uti-

utilem, prior datur inquilino, qui prædium urbanum pro annuâ pensione conduxit, & ejus hæredibus, sive ab ipsô Dominô, vel à primo inquilino conduxerint; utilis verò datur illi, qui gratuitam habuit habitationem, *l. 1. §. 3. ff. eod.* utraque datur adversùs locatorem & ejus successores, qui impediunt inquilinum emigrare, & res suas exportare. *dict. l. 1. §. final. ff. dict. tit.*

2 Objectum hujus actionis sunt res in prædium urbanum illatæ, quæ locatori pignoris nexù non ampliùs obstringuntur, *l. 1. ff. de migrand.* eò quòd pensio seu merces in totum, prout nimirùm conventum est, exsoluta, aut modô aliô satisfactum sit, vel per locatorem stet, quò minùs satisfiat, *dict. l. 1. ff. eod.* in his enim omnibus casibus pignus à lege tacitè constitutum est dissolutum. *l. 1. §. 4. in fin. ff. dict. tit.* Utile interdictum datur pro rebus, quæ pro pensione seu mercede oppignoratæ non sunt, quales sunt res alienæ, commodatæ, depositæ, precariò acceptæ, aut quæ non eô fine sunt illatæ, ut perpetuò inibi permaneant, *l. 2. ff. de migrand.* quemadmodum sunt res metu hostium in securitatem translatæ. Petr. Myller. *in not. ad Struv. syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 169.* Brunnemann. *ad l. 1. ff. de migrand. n. 4.*

3 Quô tempore verò migrare liceat, dubitatur, & dubij occasionem subministrat *l. 1. §. 4. ff. de migrand.* ubi dicitur, quòd quovis tempore discedere liceat, etiam non solutâ futuri temporis pensione, modò non sit expreßè conventum, ut ante terminatum tempus migrare non liceat. Pro resolutione hujus dubij distinguit post Albericum à Rosate Brunneman. *in l. 1. §. 4. ff. eod.* inter desertionem necessariam & voluntariam, ita ut ob illam, non verò ob hanc liceat recedere, nisi solutâ integrâ pensione; jungantur relati à Petro Myllero *in not. ad Struv. dict. exercit. 45. thes. 169.* Justæ verò vel necessariæ migrandi causæ sunt metus ruinæ, belli, alteriúsve damni, *l. 25. §. 2. ff. locat. conduct.* aut si ædes nocturnîs spectrîs, ostentîs, & tetrîs imaginibûs infestentur; *l. 27. §. 1. ff. dict. tit.* Porrò pro rebus in prædia rustica illatîs hæc actio locum non habet, sed datur officium Judicis, ratio est, quoniam jure communi hæ res pignori non sunt suppositæ, *Auth. agricultores Cod. quæ res pign. &c.* permagni quippe interest, Agricolas ab agriculturâ non avocari, & hinc ad maturandum rei exitum nobili officiô Judicis Colonis solet subveniri. vide Petrũ Myllerũ *dict. loc.* Wesenbec. *ff. de migrand. circa fin.* Tempus, quô hæc actio durat, est perpetuum. *l. 1. §. 6. ff. de migrand.*

ACTIO

Ex Interdictô Salvianô.

SUMMARIUM.

1. *Unde descendat hac actio.*
2. *Describitur eius natura.*
3. *Qualiter differat ab actione Serviana.*
4. *Delineatur ejus subjectum activum, & passivum.*
5. *An porrigatur etiam extra causam locationis.*
6. *Defenditur negativa.*
7. *Quibus casibus cesset.*

1 QUadragesimô quintô locô hanc sextam Pandectarum partem terminat Actio descendens ex Interdictô Salvianô, ab Authore suo ita nuncupatô; erat autem Salvius Julianus Juris scientiæ summus Auctor, *l. 15. Cod. de Usufruct.* ac Edicti perpetui subtilissimus Conditor, *l. 2. §. 18. Cod. de veter. jur. enucleand.* atque Imperatori Adriano familiarissimus, conferatur Vincentius Gravina *de Orig. Jur. Civil. lib. 1. fol. 117.*

2 Interdictum hoc est acquirendæ possessionis, *§. 3. in fin. Instit. l. 2. §. 3. ff. de interdict.* actione autem ex eo descendente agit locator prædij rustici pro acquirenda possessione illarum rerum, quæ fuerunt pro mercede fundi expresse oppignoratæ. *§. 3. Instit. & l. 2. §. 3. ff. de interdict.* Est igitur Actio in factû Prætoria, competens pro adipiscendâ possessione rerum in prædium rusticum illatarum; causa remota est oppignoratio expressa, proxima est jus pignoris, adeóque naturam actionis realis sortitur, dividitúrque in directam & utilem.

Distat ab actione Servianâ *actio* 3 hæc 1. quòd illa sit petitorij, hæc verò possessorij judicij. Hartprecht *in §. 7. Instit. de Actionib.* Menochius *de adipiscend. possess. remed. 3.* Struvius *syntagm. jur. civil. exercit. 43. thes. 20.* 2. quòd actio Serviana contra quemvis competat possessorem, actio verò ex Interdicto Salviano solummodò contra conductorem & illum, qui immediatè causam à conductore habet. *l. si colonus 1. l. 2. ff. hic.* & hinc tertiam subnectunt differentiam, quòd in actione Servianâ non sufficiat probare, res tempore illationis ab ipso conductore fuisse possessas, sed insuper necessariò deposcatur, ut ostendatur, illas in bonis seu dominiô ejus fuisse, secùs verò sit in actione hujus interdicti, utpote in quâ probatio possessionis sufficiat, quemadmodú

cum

cum Bacchovio *in §. 2. Instit. de interdict.* deducunt Vinnius & Schneidevvin *in eod. §. 2. n. 7.* Ego tamen in hoc passu nullam inter actionem Servianam, & actionem ex interdictô Salvianô agnosco differentiam, siquidem, quando agitur contra ipsum conductorem, ejus hæredes, aut illum, qui causam immediatè à conductore habet, hi omnes non possunt referre quæstionem dominij, *l. si pignore, §. si prædo & §. fin. ff. de pignorat. action.* allegarent enim propriam turpitudinem. conferatur Angelus Aretinus *in §. 7. Instit. de Action.* hinc cessant ea, quæ speciosè deducit Lautterbach *ff. de interdict. salvian. §. 4. & 5.*

4 Datur ergo directa hæc actio soli locatori prædij rustici, *§. 3. Instit. de interdict.* & ejus hæredi adversùs colonum etiam partiarium, etsi enim hic locatoris socius esse videatur, cùm lucrum & damnum cum illo commune habeat, eô ipsô tamen non minus censetur esse colonus, quàm qui mercede in pecuniâ numeratâ consistente conduxit; in terminis Petrus Myllerus *in not. ad Struv. syntagm. jur. Civil. exercit. 45. thes. 170.* Non verò porrigitur adversùs coloni colonum, quia res hujus nullô pignoris nexu sunt constrictæ, *l. 24. §. 1. ff. locat.* Lautterbach *ff. hic. §. 5.* & plures relati à Petro Myllero *dict. loc.* protenditur tamen adversùs coloni hæredem, ut post Menochium docet Lautterbach *cit. loc. §. 5. in fin.* Utilis Actio datur adversùs inquilinum, & inquilini inquilinum, ratio disparitatis est inter coloni colonum, & inquilini inquilinum, quòd hujus bona sint tacitè oppignorata, *l. 11. §. 5. ff. de pignorat. action.* non illius, nisi expressa intercesserit conventio. *cit. l. 24. §. 1. ff. locat.*

Aliud hic movetur dubium, utrùm hoc interdictum, seu Actio inde descendens, saltem utilis, detur contra quemvis alium debitorem, adeóque etiam extra causam locationis porrigatur? Plurimi hoc affirmant, quos inter est Fachinæus *controvers. lib. 8. cap. 92.* Arnold. Vinnius *Instit. de interdict. §. 2. n. 5.* Vultejus *eod. n. 9.* Struvius *syntagm. Jur. Civil. exercit. 45. thes. 171.* Horum fundamentum solidatur *in l. 1. Cod. de Salvian. Interdict.* ubi inprimis exaggerant illa generalia vocabula, *debitor tuus*, & post aliquod intervallum, *conductorem debitorémque*, quæ generalia verba ad solum conductorem restringi non posse, sed ad quemvis debitorem esse porrigenda autumant, ex ulteriori ratione, quòd Interdictum Salvianum de omnibus rebus sit conceptum, de quibus Actio Serviana, adeóque quemadmodum hæc pro omnibus rebus, ita & illud competat. 5

Mihi contraria sententia probabilior longè videtur, eámque defendunt Menoch. *de adipisc. possess.* 6

remed. 3. n. 17. Hunnius *in Treutler. vol. poster. disput. 25. thes. 1. quæst. 29.* Joannes Hartprecht *in §. 2. Instit. de interdict. n. 55.* Ratio hujus assertionis ex origine hujus actionis desumitur, ob eam enim quâ veteres Romani affluebant, divitiarum rerúmque immobilium copiam non poterant agros suos per se colere, sed frequentissima erat locatio, hinc ut pensionis in pactum deductæ aliqua foret securitas, locatores prædij rustici sibi per expressum pignus consulebant, urbanis verò locatoribus ipsa Lex in rebus illatis pignus adjecit. *l. certi Juris 8. ff. locat. l. 4. ff. quib. ex caus. pign. &c.* cùm igitur ratione probationis variæ orirentur difficultates, ad eas sublevandas hoc interdictum est introductum, in quo sufficit docere possessionem; cùm igitur aliarum conventionum non adeò frequens esset usus, cessare videbatur hujus interdicti ratio, præsertim quia vix ab injustitiâ protegi poterat, uti patet in bonæ fidei possessoribus, qui sæpènumerò de rebus suis, absque ulla ab adversâ parte facta probatione juris periclitantur. 2. hoc interdictum est introductum adversùs juris rationem, quoniam in remedijs vindicantibus regulariter probari debet, res pignoratas fuisse in bonis debitoris oppignorantis, illa autem, quæ contra juris rationem noviter sunt introducta, ex naturâ suâ extensionem non patiuntur. *l. 14. ff. de LL.* Nec obstat; quòd hoc interdictum seu actio inde nata porrigatur adversùs illum, qui immediatam causam habet à conductore, *l. 1. ff. de Salvian. interd.* paritas enim rationis hoc facilè admittit, quia tale negotium adhuc dependet à locatione. Minùs refragatur 2. textus *in l. 1. Cod. eod.* in verb. *si te non remittente pignus* debitor tuus *ea, quæ tibi obnoxia sunt, vendidit, integrum tibi est ea persequi, non interdictô Salvianô, id enim tantummodò adversùs* conductorem debitorémque *competit.* ℞. enim, sub nomine *debitoris* non venire hic quemvis debitorem, sed illum, qui à conductore causam habet; vide relatos à Lautterbach *in disput. de tacit. pign. thes. 46.* haud tamen tertius, qui causam à conductore habet, poterit opponere beneficium seu exceptionem excussionis, ratio est, quia in judiciô possessoriô exceptio altioris indaginis non potest opponi. Manz. *Inst. de interdict. §. 2. n. 16.* Menoch. *dict. remed. 3. n. 179.* Lautterbach *ff. hic §. 6.* Objectum hujus actionis est possessio rerum conductoris, in prædium rusticum illatarum, & expressè vel tacitè oppignoratarum, quam hoc interdictô locator persequitur.

Cessat hoc interdictum 1. si in continenti ostendatur, nullum jus 7

esse

esse actori. 2. si probetur jus anterioris hypothecæ. 3. si debiti oblatio, vel ejus ostendatur remissio. Lauterbach *ff. eod.* §. 8. Hodie Pragmaticis ferè incognitum & inauditum esse nomen Salviani interdicti, tradit Struvius *syntagm. jur. civil. exercit.* 45. *thes.* 171. contrarium tamen defendit Myllerus *in not. ibid.* & Lautterbach *dict. loc.* §. *fin.* ubi allegat præjudicium, die 26. Octobris 1703. in Camerâ Imperiali publicatum.

SECTIO SEPTIMA.

De Actionibus ex septima Pandectarum parte descendentibus.

ACTIO

Ex stipulatu.

SUMMARIUM.

1. *Quomodo accipiatur stipulatio, & an sola sit causa verborum obligationis?*
2. *Unde derivata sit stipulatio?*
3. *Quid sit stipulatio, & an verus sit Contractus?*
4. *Ostenditur esse verum Contractum.*
5. *Respondetur ad primum argumentum.*
6. *Refutatur secundum argumentum.*
7. *Submovetur tertium argumentum.*
8. *An stipulatio Juri Gentium, vel Civili sit adscribenda?*
9. *Respondetur ad primum oppositum.*
10. *Diluitur secundum oppositum.*
11. *Tertia rejicitur Ratio.*
12. *Dilucidatur ulterius definitio.*
13. *Recensentur essentialia ejus requisita.*
14. *Quibus verbis hodie concipi possit?*
15. *Quibus pactis stipulatio secundum mores hodiernos æquiparetur?*
16. *Enodatur objectio.*
17. *Quotuplici modo sumatur stipulatio?*
18. *Stipulatio alia est dandi, alia faciendi.*
19. *Quæ differentia inter utramque intercedat, & ejus ratio.*
20. *Refutatur prima ratio dubitandi.*

21.

21. *Pariter & secundum argumentum.*
22. *Non minùs tertium.*
23. *Exponuntur textus* in l. 3. ff. de obl. & act. *& text.* in l. 25. ff. eodem.
24. *Cur Procuratores promittentes defendere suos principales, & Coniuges praecisè teneantur ad cohabitationem?*
25. *Adornatur altera stipulationis divisio in dividuam, & individuam.*
26. *Quid si res fungibilis in Contractum deducatur?*
27. *An dicatur stipulatio dividua, si res particularis, seu integralis in stipulationem evocetur?*
28. *Dissolvitur objectio.*
29. *Alia Ratio est, quando de re particulari in genere fit stipulatio.*
30. *Utrùm pars soluta sit in pendenti?*
31. *Differentia quoad hunc effectum solutionis, & acceptilationis.*
32. *Quid sentiendum, si res incorporea in stipulatione sit complexa?*
33. *Talis stipulatio etiam quoad divisionem inter haredes est individua.*
34. *Stipulatio usufructus est dividua, ejusque ratio.*
35. *Quemadmodum Servitutis, ita & stipulatio facti est individua.*
36. *Adstruitur tertia stipulationis divisio, qua fit purè, in diem, vel sub Conditione.*
37. *Quotuplici modo dies certa adjudicatur?*
38. *Quotuplex sit dies incerta?*
39. *Dies incerta* an, & quomodo *simul faciat conditionem, sicut etiam incerta solùm* an?
40. *Subjicitur declaratio in actibus ultimae voluntatis.*
41. *Dilucidatur textus* in l. 10. Cod. de fideicom. libert.
42. *Si dies, solùm incerta* quando, *est adjecta, discernendi sunt actus inter vivos ab actibus ultimae voluntatis.*
43. *In actibus inter vivos spes debitum iri ad haeredes transmittitur.*
44. *Enodatur textus in* L. 26. ff. de stipulat. serv.
45. *Elegans Ratio adstruitur, cur in actibus ultimae voluntatis spes debitum iri non transmittatur?*
46. *Unde quoque in actibus inter vivos Cautio Mutiana locum habet, si non transeunt ad haeredes.*
47. *Proponuntur tres casus ex* L. 56. ff. de verb. obligat. *si quis sibi sit stipulatus annuos decem. & n. 48. & 49.*
50. *Tangitur causa efficiens stipulationis.*
51. *Utrùm damnati ad bestias, Metallum aut mortem, deportati, & similes stipulari possint?*
52. *Prohibentur furiosi, mente capti & alij ibi enumerati.*

53. *Item infans, & quid de infantiæ proximo?*
54. *Multò magis minores, promittere autem juxta* L. puberes. ff. hoc tit. *possunt.*
55. *Muti, & surdi pariter, qui ob Juridicam Identitatem pro una habentur persona.*
56. *Tangitur objectum stipulationis, seu res, quæ in eam evocari potest.*
57. *Non valet stipulatio rei Sacræ, differentia inter emptionem.*
58. *Quid si stipulatio sit titulus onerosus?*
59. *Stipulatio rei Sacræ, seu commercio humano exemptæ, sub conditione non valet.*
60. *Aliter est discurrendum de re propria.*
61. *Diversa Ratio est rei secundùm quid in Commercio existentis, ubi duplex refutatur oppositio.*
62. *De re extra Commercium stipulantis positâ non potest fieri stipulatio.*
63. *Utrùm de re aliena stipulatio fieri possit?*
64. *Defenditur affirmativa.*
65. *Diluuntur Contraria.*
66. *Facta propria in stipulationem deduci possunt, non verò aliena, vel turpia.*
67. *Nisi aliena habeant principium à proprio facto promittentis.*
68. *Fidejussor proprium, non alienum promittit factum.*
69. *Pariter si quis se effecturum promisit, non verò, si se curaturum.*
70. *Quid adjectio pœnæ operetur?*
71. *Utrum adjecta stipulatio novet priorem obligationem?*
72. *Interrogationis, & Responsionis dissonantia est tertius modus infirmandæ obligationis.*
73. *Obtingit dissonantia in re ipsa, & quantitate rei, sed diverso effectu.*
74. *Explicatur tenor* §. 5. Inst. de inutilib. stipulat. *& textus in* L. 52. ff. locat.
75. *Secundò obtingit differentia in qualitate Responsionis, & quibus modis id fiat?*
76. *Utrùm stipulatio impersonalis valeat?*
77. *Corruit stipulatio quoque ex causa finali, & quibus modis concipiatur stipulatio?*
78. *Quid si quis sibi, & cuidam, aut tertio soli stipulatus sit?*
79. *Variæ à priori Regula exorbitantes ponuntur exceptiones.*
80. *Utrùm Notarij stipulantes aquirant absentibus?*
81. *Stipulatio tertio facta, si actum naturalem annexum habet, valet.*
82. *Appositio turpis Conditionis invalidat stipulationem.*
83. *Quæ actiones oriantur ex contractu stipulationis?*
84. *Describitur subjectum activum & passivum actionis ex stipulatu.*
85. *Deducitur eius objectum, ac vita cum varijs circumstantijs.*

Pri-

1 PRimum in hac ultimâ Digestorum parte locum obtinet Actio ex stipulatu, cujus definitio & natura antequam tangatur, quædam de ejus causa, id est, de stipulatione, seu Verborum obligatione, ea præcipuè ratione præmittenda mihi visa sunt, cùm hic contractus, spectatô saltem juris rigore, majores præ alijs difficultates complectatur. Utrùm autem obligatio verborum ex sola stipulatione, vel etiam ex alijs causis ortum habeat, non est omnium una sententia. Donell. *in Comment. Jur. Civil. lib. 14. cap. 36.* quem secutus est Hunnius *lib. 3. variar. resolut. tract. 4. quæst. 3.* & alij relati ab Harpr. *in princ. Inst. hic n. 80.* contendunt, stipulationem unicam fuisse, & hactenus esse hujus obligationis causam, ex ratione, quoniam in Rubricis *Instit. de stipulat. & lib. 8. tit. 38. Cod. eod.* de sola tractatur stipulatione. Econtra Cujacius *in l. 1. ff. de verb. obl.* Gæddæus *in suo Comment. de Contract. stipulation. in prolegom. n. 10.* Bacchov. *in Treutler. vol. 2. Disput. 27. thes. 1. Lit. l.* tuentur, plures fuisse causas, ex quibus verborum obligatio oriebatur, dotis nempe dationem, & Jusiurandum liberti. Quoad priorem partem stabiliunt suam assertionem per *l. 3. Cod. Theodos. de incest. nupt. & l. ult. ejusdem Codicis.* Quin liquet *ex l. 6. Cod. Justinianei de promiss. dot.* alium specialem modum fuisse promittendæ dotis, rescribunt namque Imperatores *ad exactionem dotis qualiacunque sufficere verba*, imò concludit post *Cujac.* allegatus Gædd. *dict. loco n. 15.* hunc ipsum modum specialem per dictam legem sublatum esse; quoad alteram verò partem corroborant suam opinionem *per l. 13. ff. de acceptilat.* ubi Jusiurandum liberti per acceptilationem ipso Jure tollitur, ergò necessariò supponendum, hoc solennibus enunciatum fuisse verbis, illa quippe obligatio solùm per acceptilationes ipso Jure tollitur, quæ verbis est constructa. *l. 8. ff. de acceptilat.* At harum hodie nullus est usus.

Pro breviori igitur intellectu hujus Rubricæ notandum est, in quovis negotio duplicem occurrere ejus descriptionem, seu definitionem, unam hominis, exponentem originem verbi, alteram rei, seu negotij delineandi, quæ essentiam actûs ab alijs consimilibus secernit. Ortum Etymologicũ si consideras, stipulatio derivatur à stipulo, text. *in princ. Inst. de verb. oblig.* id enim omne, quod firmum est, quasi à stipite desumptum apud antiquos æstimabatur, est autem Contractus stipulationis præ cæteris firmior, cum triplici præmuniatur funiculo, Consensu videlicet contrahentium, secundò Verborum solennitate, tertiò Partium contrahentium præsentia. *Arg. l. 1. §. 1. ff. hic* Nicol. Mozz. *in tractat. de Contract. rubric. de stipulat. n. 2.* 2

Duaren. *de verb. oblig. sub initio*, & plures relati ab Harprecht. *in princ. Inst. dict. tit. n. 3.* ob idque vel ex sola natura hominis ad corroboranda, quæ inspecto Jure antiquo infirma erant, pacta, quasi ex necessitate Conventionum, exorta est stipulatio. Vinn. *in princ. Instit. hic n. 4.* Tuldenus *in Cod. h. t.*

3 Si enim verò Naturam, seu essentiam ipsius Contractus inspicias, non incongruenter describi potest, quòd sit *Contractus nominatus à Jure Civili adinventus, stricti Juris, quo praecedenti solenni interrogatione, ac subsequente eâdem Responsione quis alteri ad aliquid dandum, præstandum, vel faciendum adstringitur. l. 1. & l. stipulationum 5. ff. hîc l. obligationes 52. §. 2. ff. de obligat. & Act. l. 2. §. ult. ff. de reb. cred.* cui descriptioni mox succedit à varijs frequenter agitatum dubium, sicut cernere est apud allegat. Mozz. *de contract. in genere art. 2. n. 11.* & illos, qui referuntur ab Harprecht. *cit. loc. à n. 6.* An stipulatio veram imbibat Contractûs naturam? Negantium Ratio est partim, quòd stipulatio non sit ultrò citróque obligatoria, *l. 19. ff. de verb. signif.* partim autem, quòd sit mera conceptio verborum, juxta *l. stipulationum 5. §. 1. ff. hîc.* quæ conceptio neutiquam inter contractus recenseri potest, aliàs enim multæ ejusmodi formulæ, quemadmodum exceptionum, actionum, bonorum possessionum in censum contractuum forent referendæ; partim denique, quòd omnis Contractus sit facti, è diverso stipulatio sit Juris, Arg. textus *in princ. Inst. de verb. obl.*

At haud solidè his immorantur Ratiunculis, mihi quippe sat certum est, stipulationem non minùs verum esse Contractum, ac cæteros, re vel consensu celebratos, disertissimè namque Justinian. *in §. 2. Inst. de obligat.* decidit, quatuor modis Contractus efformari, re, verbis, litteris, & consensu, adeoque stipulationem veris inibi, eo præcipuè fundamento, annumerat Contractibus, quoniam quasi Contractus à veris apertè separat. 2. stabilitur decisio ex varijs, queis stipulatio Contractus appellatur, textibus. *l. 1. §. 3. ff. de pactis, l. non solùm 31. ff. de obligat. & act. l. 25. Cod. de testament.* Tertio firmitatem sortitur hæc decisio ex eo principio, quòd stipulatio indubiè sit Conventio, velut liquet ex dict. *l. 1. §. 3. ff. de pact.* Conventio enim verò aut pacti nudi, vel legitimi, aut denique Contractûs naturam assumit. *l. 1. §. 3. & l. 7. ff. de pact.* Bartol. Castrens. *ibi*; quòd verò stipulatio fines nudi pacti excedat, ex eo patet, siquidem præter partium Consensum concinnam verborum solennitatem ad suam perfectionem deposcit. *l. 7. §. 12. ff. de pact.* Harpr. *in princ. Inst. de verb. obl.* Hunnius *variar. Resolut. lib. 3. tract. 4. quæst. 1.*

5 Superiùs in contrarium adducta leviora sunt, quàm ut legentem ab hac dimoveant sententiâ. Labeo enim in cit. *l. 19. ff. de verb. sign.* non definit omnes Contractus, sed solummodo illos, qui continent Synallagma, seu ex utraque parte obligationem producunt, nec enim citatus JCtus ex propriâ opinione, nec ex usu Juris, sed ex mente Prætoris, cujus Edicto exponendo immorabatur, contractum definivit. jungantur, quæ scribit Wisenbach *ad dict. l. 19. ff. de verb. signif.*

6 Ad secundum argumentum repono, non quidem omnem verborum conceptionem esse Contractum, nullam tamen verborum conceptionem accedente contrahentium consensu contractibus accenseri posse non verificatur, ex submotione enim unius generis non removetur omne, diverso quippe respectu varias recipit annotationes stipulatio, præterquam quòd stipulatio, non quà est verborum conceptio, sed quà est conventio, inter contractus numeretur, cæteræ autem formulæ, cùm per conventionem nec causam Commercij sortiantur, nullatenùs dici possunt Contractus. Gæddæus *in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 1. conclus. 3. art. 4. n. 42.*

7 Ultimum fundamentum suomet labitur pondere, Contractus enim non solùm sunt facti, sed & Juris, obligatio namque, quæ nomine *Juris Vinculi* venit, ex contractibus oritur; deinde stipulatio quoad solennem interrogationem tantùm adinstar aliorum Contractuum est facti. Videatur Hunn. *cit. loc.*

Sicut enimverò multi dubitant, 8
utrum stipulatio sit verus Contractus, ita non pauci, an Juri Civili, an verò Juri Gentium adscribenda sit? priori in acceptis referendam esse, sat liquidè demonstrant textus in *l. ea, quæ 53. ff. de acquirend. rer. dom. & l. si ita 126. §. 2. ff. hîc.* Bartol. Bald. *in l. hoc Jure ff. de Just. & Jure.* Conferantur, qui longa serie allegantur ab Harprecht. *in princ. Inst. de verb. obl. n. 23.* Nec adversatur partim, quod omnes Conventiones sive generali, sive speciali nomine præsignatæ sint Juris Gentium, *l. 7. ff. de pact.* partim vero, quòd forma stipulationis consistat in verbis, *l. 1. & 5. §. 1. ff. hîc. l. 1. & l. 10. Cod. de contrah. & commit. stipulat.* Verba autem & eorum usus sit Juris Gentium; ut enim nulla gens est, quæ verbis non utitur, sic Jus Civile sortitur nomen à Civitatibus à quavis gente exstructis, & restauratis. *l. omnes populi. ff. de Just. & Jur.*

Hæc, inquam, non adversantur, 9
quia in cit. *l. 7. ff. de pact.* partium enumeratio suâ laborat imperfectione, Conventiones siquidem nominatæ aliæ Juri Gentium, Juri Civili aliæ adscribuntur, posteriori stipulatio, litterarum obligatio, sponsalitia largitas, de qua *Novell.*

119. Mynsing. *in §. 1. Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civil. n. 6.* Schneidevvin. *eodem n. 21.* Heig. *n. 14.* neque ſtipulationis forma in ſola verborum ſolennitate, ſed & ipſa Conventione, ſeu utriusque & ſtipulatoris, & promittentis conſenſu ſolidatur; aliàs enim manifeſtè ſequeretur, nullum pactum, ſeu alium etiam Contractum poſſe per verba perfici, quidquid namque verbis fieret, ſtipulatio foret, contra *l. 7. §. 12. ff. de pact.* & *l. 35. §. 1. ff. hic.*

10 Alia curioſa magis, quam momentoſa contra hanc aſſertionem aſſurgit objectio, quæ taliter ratiocinando formari poteſt: Si Lex ipſa per ſtipulationem eſt condita, tunc ea ſtipulationem potiùs ſuppoſuit, quàm de novo propoſuit, ergo per leges Civiles non eſt introducta ſtipulatio. Antecedentis propoſitio corroboratur per *§. 4. Inſt. de Jure Nat. Gent. & Civ.* & *l. 1. ff. de legib.* Sed non concludit hæc ratiocinatio, quando enim Lex Communis Reipublicæ ſponſio, aut interrogante Magiſtratu conſtituta dicitur, non in eo eſt ſubaudienda ſenſu, quòd ſit facta per contractum ſtipulationis, ſed magis per interrogationem ſuaſoriam, ſeu conſultatoriam, ſubſecutumque populi Imperiū: ſtipulationes enim verò neutiquā promittentis Imperio, ſed ejus Reſponſione conficiuntur. Videatur Gæddæus in ſupra allegato *Commentario cap. 1. n. 92.* & Harprecht. *in princ. hic n. 32.*

Haud diſſimile eſt, quòd dicatur 11 ſtipulatio absque conſenſu fieri non poſſe, conſenſus verò ſit Juris Gentium, ergò & ſtipulatio; etſi enim ſtipulatio originem, ſeu cauſam habeat à Jure Gentium, ob formam tamen à Jure Civili ſuperadditam potiùs Juris Civilis eſſe aſſeritur, cùm forma det eſſe rei, eamque ob rem non ſolùm perficitur conſenſu, ſed præterea depoſcitur ſolennitas verborum, ſuperiùs jam adſcripta.

Pro ulteriori enodatione vocabulorum in deſcriptione appoſitorum conſtat, quòd ſtipulatio ſit Contractus Nominatus, & quidem ſtricti Juris, tum quia ſingulare ei eſt deſignatum Nomen, *l. 1. §. 4. ff. de pact.* tum etiam, quoniam non comprehenditur inter Contractus bonæ fidei, quemadmodum ex tenore *§. 28. Inſt. de act.* liquet. 12

Ex quibus liquet porro, quòd ad 13 eſſentiam, ſeu formam ſtipulationis depoſcantur verba nuncupativa, ac proinde nec inter abſentes per epiſtolam, aut nutu, vel ſcripto, alijsve ſignis inter præſentes confici poſſit, *l. 1. ff. de verb. obl.* ibique latè Bartol. Caſtrenſ. Duaren. & alij: adeò quidē, ut ſtipulatio taliter facta ne quidē vim pacti de Jure aſſequatur. Nec obſtat *l. an inutilis 8 ff. de acceptilat.* ubi inutilis acceptilatio vim pacti ſortitur, tametſi enim hæc ſit ſtipulationis ſpecies, collimat tamen ad ſolam liberationem, non ad contrahendam obligationem, ſicut ſtipulatio, *l. 1. ff.*

eodem, Jura autem promptiùs liberant, quàm constringunt. *l. Arrianus ff. de obligat. & act.* quibus adhuc addendum est, verba ad stipulationem requisita, uti antecedenter est prænotatum, debere consistere in aliqua solenni interrogatione, & subsequenti pariformi Responsione, §. *1. Inst. de verb. obl. l. 1. §. 1. & 2. ff. eodem*, & olim quidem ijsdem erat respondendum verbis, per quæ interrogatio erat efformata, uti constat ex *cit.* §. *1. Inst. dict. tit.* non tamen intererat, quo Idiomatis genere quis uteretur. *dict.* §. *1. Inst. eod.*

14 At hodie per decisionem Imperatoris Leonis in *l. 10. Cod. de contrah. & commit. stipulat.* sublata est illa verborum solennitas, atque declaratum, ut ad contrahendam stipulationem sufficiat sensus verborum consentaneus, & ex utraque parte quibuscunque verbis expressus, modò interrogationi aptè respondeatur, nec refert, etsi unus ex celebrantibus stipulationem linguæ, cujus alter utitur verbis, sit ignarus, sufficit enim, si per interpretem responsio declaretur. *l. 1.* §. *ult. in fine. ff. hoc tit.* imò de nostris moribus stipulationum, & pactorum materiam confusam esse, nullumque ampliùs intercedere discrimen, non pauci sunt, qui propugnant, teste præter alios Davide Mævio *decis. part. 7. decis. 10. n. 3.* Brunneman. *in dict. l. 10. Cod. de contrah. & commit. stipulat.* id, quod in pactis absolutis, seu vim obligandi à Consuetudine ascitam habentibus, suo modo defendi potest,

15 Minimè verò ad pacta respectiva protendendum est, utpote quæ nec naturalem pariunt obligationem, ex ratione, quoniam ex tali putativa obligatione res tradita, seu solutum repeti potest. *l. 3. 4. & 5. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* Secundo hoc ipso, quòd duo conveniant de rebus permutandis, conditionalis solùm generatur obligatio, *si nempe alter adimpleverit*, ergò re adhuc integra neuter in conscientia adstringitur. Tertio in confesso est apud omnes, à naturali obligatione pœnitentiam excludi, ast in Contractibus Respectivis pœnitentiam sibi locum vendicare in propatulo est. Quamvis verò hæc verissima, non possum tamen induci, ut credam, à praxi in Curijs passim, immò ferè universim receptâ omnem stipulationum usum hodie esse submotum, nullibi enim legitur, hunc Contractum à Jure Civili esse abolitum, ergò cur stare prohibeatur? *l. Sancimus. Cod. de Testament. l. præcipimus. Cod. de appellat.* Quin nec ejus substantia transmutata, sed tantummodò declarata, ususque ejus uberior factus est. Arg. *l. 10. Cod. de contrah. stipulat.*

16 Nec assertionem hanc infringunt ea, quæ cum Ant. Gomez. *variar. resolut. tom. 2. cap. 9. n. 8.* scribit Ludovic. Molina *de Just. & Jure tract. 2. disput. 254.* usum stipulatio-

lationum esse omninò à Curijs & praxi eliminatum, subaudiendi enim sunt memorati Authores solummodò de statuto, & consuetudine Regni Castellæ, non de Consuetudine Universali, quemadmodum impensius legenti patet.

17 Pro superabundanti præmissæ definitionis dilucidatione signanter, & ultimatò adverte, vocabulum *stipulatio* in usu Juris diversas sibi vendicare significationes, subinde & quidem potissimùm denotat totum Contractum, & interrogationem & Responsionem comprehendentem, *tot. tit. Cod. de contrah. & committ. stipulat.* subinde solam interrogationem; *l. si stipulatus 81. ff. de solut. l. 1. & 2. Cod. de contrah. vel committ. stipulat.* interdum pro actu stipulationis, interdum objectivè sumitur pro re in stipulationem deductâ, prout patet ex text. in *l. 11. l. 14. Cod. dict. titulo, l. 1. §. 2.* in verbis, *Summa pars stipulationis.* tandem pro obligatione sumitur, ex stipulatione nata. *l. 3. ff. de fidejuss. l. 31. §. 1. ff. de solut.*

18 Claudebant definitionem verba: *ad aliquid dandum vel faciendum.* Unde dividitur stipulatio primò in stipulationem dandi, & stipulationem faciendi. Prior est, quando datio alicujus rei in stipulationem deducitur, e.g. equus, fundus, vel pecuniæ quantitas. *l. stipulationum 2. & stipulationes 72. ff. hic* Posterior, quando aliquod factum e. g. reparatio ædium, ædificatio insulæ, aut confectio itineris per stipulationem alicui promittitur. Brunneman. in dict. *l. stipulationes.* in specie Mozz. *de divisione stipulat. n. 7.* Zoesius *ff. hic n. 37.* mixtam quoque adstruit citat. Mozz. *dict. loc. in fine*, quæ partim in faciendo, partim in dando solidatur; exemplum occurrit in illo, qui sibi rationum redditionem stipulatur, talis quippe promissor non tenetur tantum reddere rationes, quod facti est, sed etiam id, cujus reliquator existit, restituere, arg. *l. 2. ff. hic.*

Inter quas stipulationes fundamentalis est differentia, quòd ex stipulatione dandi præcisè oriatur obligatio ad dandum, id est, ad transferendum dominium rei promissæ, *l. 75. §. ult. ff. hic l. 25. §. 1. ff. de contrah. stipulat. l. 167. ff. de Reg. Jur.* ex stipulatione faciendi enimverò neutiquam nascitur præcisè obligatio ad præstationem facti, sed præstando id, quod stipulatoris interest factum perfici, liberatur. *l. 68. l. 72. l. 81. l. 84. ff. hic.* Ratio hujus differentiæ est communis, & omnibus Contractibus subserviens, si enim homines præcisè ad faciendum adstringerentur, libertas eorum nimis sugillaretur, & quasi servitutis species eis irrogaretur: at compelli hominem liberum ad transferendum alicujus rei Dominium, aut pecunias numerandas, dandásque, adeò grave, seu incivile non obvenit, siquidem hoc libero corpori non incumbit. Conferatur 19

Dua-

Duaren. *in l. 13. ff. de re judicat.* Aliam subjungit rationem Harprecht. *in princ. Inst. de Verb. obl. n. 61.* asserens, obligationi dandi nec expressè, nec tacitè ex voluntate & intentione contrahentium aliud inesse, quàm id, quod dari debet. Arg. *l. Vinum. 22. ff. de reb. cred. l. penult. & l. ult. ff. de condict. triticar.* Secùs autem esse arbitratur, si de facto quodam perficiendo est conventum, tunc enim & Juris interpretatione, & tacitâ contrahentium voluntate inest obligatio ad interesse. *dict. l. 68. & l. 84. ff. hic.*

20 Huic assertioni non adversatur textus *in l. fidei commissa 11. §. ult. ff. de legat. 3.* ubi hæres à testatore jussus est facere opus Reipublicæ, qui præstando interesse non liberatur. Specialitatis, seu potiùs diversitatis ratio est, quia actus ultimæ voluntatis debent specificè adimpleri, ut patet ex tenore citatæ Legis, in qua Ulpianus fatetur, ex Rescripto Divi Marci hæredem præstando interesse in hoc casu non liberari, ergò argumento, à contrario sensu desumpto, in cæteris casibus, & actibus inter vivos præstando interesse obligationi eximi necesse est.

21 Objicitur secundò: Illud solum, quod per partium Conventionem est determinatum, præstari debet, *l. 99. ff. hic.* nec aliud pro alio invito Creditori solvi potest, *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* si ergo factum solum est promissum, loco ejus interesse præstatio obligationem non extinguet. Respondendum est juxta priora principia, factum quidem solum ab initio, spectatis contrahentium verbis, in promissione esse, tacitè & ex mente contrahentium autem contineri in solutione etiam id, quod interest, ita, ut in conditione stipulationis committendæ solum sit factum, in commissæ etiam quod interest, unde postquam factum fuit commissum, non ampliùs hoc, sed interesse est in obligatione. *l. ult. ff. si quis in Jus vocat. non ierit.* Conferatur Gæddæus *in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 4. n. 58.*

Opponitur tertiò, quòd non debeat versari in voluntate, & arbitrio debitoris, utrùm, & quomodo se velit obligare, *l. 8. ff. de obl. & act. l. 108. §. ult. ff. hic.* si verò promissori conceditur electio inter factum ipsum, & interesse præstationem, erit in ejus arbitrio, an velit se obligare, vel non: ergo &c. Sed non stringit hoc argumentum, etsi enim ab initio non possit tribui promissoris arbitrio, utrùm, & quomodo obligatus esse velit, non est tamen à ratione juris alienum, promissori committere, quodnam ex his, quæ vel expressè, vel tacitè in stipulationem sunt deducta, solvere malit, quia in alternativis alterutrũ debetur, non utrumque, uti nec omnes species generis promissi, sed una alterave, quæ vel ex lege Contractûs, vel Juris Authoritate est electa. 22

cta. *l. plerique 10. ff. de Jure dot. l. 76. l. 112. l. fin. ff. hic.* Gædd. *dict. Comment. c. 9. Conclus. 4. n. 58.*

23 Minùs memoratæ differentiæ resistunt loca tum Pauli *in l. 13. ff. de oblig. & action.* asserentis: *Obligationũ substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus, nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad aliquid dandum, vel faciendum, vel præstandum*: tum Ulpiani *in l. 25. ff. eodem*, ferè in ijsdem terminis Paulo adstipulantis, ait enim: *In personam actio est, qua agimus cum eo, qui nobis obligatus est ad faciendum aliquid, vel dandum, & semper adversùs eum locum habet.* Nullum, inquam, facessunt negotium hæc loca, nec enim concludens fluit consequentia: tenetur ad aliquid faciendum; ergo præcisè ad factum; hæc enim ratiocinatio est potiùs repetitio principij, potest quippe in obligatione ad factum quoque ad interesse agi, ut ex superioribus liquet. Deinde, cùm actio personalis contra taliter obligatum proponitur, factum quidem est in obligatione & præstatione, lite verò contestatâ desinit esse in obligatione, & loco illius succedit id, quod interest. *l. si insulam 84. ff. hic, ibique* Interpret. in specie Brunneman. Donell. *in Comment. Jur. Civil. lib. 15. cap. 3.* Hunnius *var. resolut. lib. 3. tract. 4. quæst. 13. in Responsione ad quartam dubitationem*, latè Harprecht *in dict. §. Inst. de Verb. obligat. n. 72.*

Opponitur ultimò, quod Procuratores promittentes, defendere Dominos seu Principales in Judicio, pariter & conjuges ad cohabitationem præcisè compellantur. *l. 35. §. ult. ff. de Procurat.* Sed nec hæ rationes differentiam supra fundamentaliter præstitutam impugnant, quia *in citato textu* Procurator quidem in uno alterove casu juxta distinctionem Glossæ & Bartoli *in dict. §. ult.* præcisè ad factum compellitur, id verò ex speciali obtingit ratione, partim ob auctoritatem Judiciorum, ne eludantur, partim verò honestas, ac utilitas publica hanc suadent cohabitationem, cùm tale factum nullam recipiat æstimationem, nec alio modo in commercium produci possit. Conferatur Gæddæus in sæpè adducto *tractatu cap. 9. n. 63.* Ex quibus omnibus deducitur, quòd, etsi in thesi nemo possit præcisè cogi ad factum, in hypothesi tamen nonnulli emergant casus, queis quis præcisè ad factum cogitur; & primò quidem juxta priùs memorata in judicialibus, sive dein civiliter, sive criminaliter Judicium fuerit intentatum. *l. sed hæc §. præterea. ff. de Procurat. l. certum. 6. ff. de confess. l. 1. ff. de quæst. l. 1. Cod. eod.* Secundus casus est, si quis obligatur ad factum ex dispositione Legis. *l. 1. ff. de administrat. tutor. l. stipulatio. §. opus ff. de nov. oper. nunt.* Tertium designant casum, quo ex dispositione 24

ne testatoris quis ad factum adstringitur. *l. fideicommissa. §. final. ff. de legat. 3.* ibique Bartol. & DD. de quibus & alijs videatur Gomez. *variar. Resolut. tom. 2. cap. 10. n. 22.*

27 Altera stipulationum passim usitata divisio est, quòd aliæ sint dividuæ, aliæ individuæ, pro natura nimirùm & ratione rerum, quæ in stipulationem deduci consueverunt. *l. 2. §. 1. l. 4. §. Cato. l. in executione 85. §. 2. & l. stipulationes 72. ff. hic.* Pro cujus uberiori intellectu notanter adverte, quòd res quædam dicatur dividua, vel individua materialiter & secundùm naturam, in quo sensu quævis res, saltem corporalis, dividi potest, ut homo, fundus, equus &c. per quam divisionem subinde ejus non corrumpitur substantia, velut in divisione fundi, alteriusve rei immobilis, *l. Cajus 86. §. 2. ff. de legat. 2. l. locus ff. hic.* subinde rei subjectum, seu substantia per divisionem tale perimitur, ut homo, equus &c. Secundo modo dicuntur Contractus, Obligationes, & effectus eorum dividui, seu individui ex dispositione Juris, & de hac ultima acceptione mihi erit sermo; potest autem considerari contractus ex ordinatione Juris individuus, vel dividuus quatuor potissimùm modis, 1. ratione promissionis indeque ortæ obligationis, 2. respectu distributionis, seu divisionis inter hæredes. 3. respectu solutionis. 4. denique respectu liberationis & effectus.

Ut in hac subtili, alijsque Contractibus subserviente Materia inter certa & incerta legitima sit discretio, lubet per casus eam pertexere, ut promptiùs à legentibus imbibatur. Sit casus primus, quo res fungibilis, seu juxta numerum, pondus, & mensuram in commercio existens, in stipulationem, seu alium contractum deducitur; talis contractus omni ex parte, seu omni respectu est dividuus, potest enim Minima, Maxima, seu quævis quantitatis pars, aut numerus in stipulationem deduci. *l. 2. §. harum. ff. hic.* ibique Glossa. Bartol. Albericus de Rosate. Pariformiter etiam ratione divisionis inter hæredes est dividuus, cùm quilibet pro hæreditatis portione adstringatur, est quippe obligatio, & actio inter eos ipso Jure divisa, *l. in executione 85. ff. hoc tit. l. 2. Cod. de hæredit. act. l. Si uxor. Cod. de bonis auth. Jud. poss.* eapropter si unus hæredum solvit integrum debitum, actione negotiorum gestorum à cæteris hæredibus reliquas repetet portiones, si verò quadam necessitate est adactus, familiæ herciscundæ aget. Ultimò est dividuus tam ratione solutionis, quàm liberationis, quoniam quemadmodum creditori recipienti pars quædam solvi potest, ita quoad eam liberatur debitor. *l. Si stipulatus sum mihi. § fin. ff. de solut.* in verbis: *qui decem partem solvendo in parte liberatur*; patet ergo in hoc casu contractum omni respectu individuum censendum esse. 28

 Al-

29 Alter casus occurrit, quo res quædam particularis, seu integralis in contractu seu obligatione est comprehensa, ut equus, homo, vel alia res mobilis, aut quævis immobilis certis finibus determinata; talis Contractus pariter est omni ex parte dividuus, cùm non magis tota res, quàm quævis ejus pars in obligationem possit deduci. *l. pars stipulationis & L. L. seqq. ff. de acceptilat.* queis adjunges *l. sibi homo ff. de legat. 1.* Dices, quod naturaliter fieri nequit, id ipsum nec per legem est concedendum arg. *l. Adoptio 16. ff. de adopt. l. Lex Cornelia in fine ff. de vulgar & pupill. substit.* videatur in specie Bartolus *in l. si is, qui ff. de usucap. à n. 22.* at in propatulo est, haud posse naturaliter dividi hominem, aliudve animal, quin ejus destruatur substantia, seu subjectum, ergò non poterit per legis ordinationem id fingi, vel saltem considerari.

30 Respondeo, talem contractum, aut inde defluentem obligationem, in qua pars hominis, vel alterius animalis, aut rei particularis est contenta, non eò collimare, ut executio, aut effectus terminetur in parte discretâ, vel dissecta à suo proprio subjecto, sed tantummodò, ut in tali parte virtualiter executio verificetur, obstringitur enim promissor solùm ad partem pro indiviso, quo tendit textus litteralis *in l. servus communis ff. de stipul. at. serv.* ubi Ulpianus ait: *Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quàm corpore.* Sicut autem ex hoc textu patet, talem stipulationem esse dividuam quoad obligationem, sic etiam est quoad distributionem inter hæredes tam activè, quam passivè, mortuo quippe creditore, dividitur inter eos obligatio & actio ipso Jure, nec minùs mortuo debitore inter ejusdem hæredes, quivis enim adstringitur pro hæreditatis portione. *l. 2. & l. in executione ff. hoc tit. Cod. de hæredit. act.* Postremò dividua est stipulatio hæc respectu solutionis, & liberationis, per text. *in dict. l. stipulatus sum. 9. §. 1. ff. de solut.* in verbis: *Qui Stychum debet, parte Stychi data, in reliquam partem tenetur.* Ratio est partim, cùm talis solutio eandem utilitatem præstet respectu partis, quam totum respectu totius, partim verò, quia fuit pars præstita rei verè debitæ. Conferatur Bartolus *in l. 2. §. 1. ff. hic.* Cujacius *eodem.* Gomez *variar. resolut. tom. 2. cap. 10. n. 8.*

Quodsi enimverò in stipulationem, seu etiam alium Contractum deducitur res particularis in genere, ut servus, equus, aut alia similis res, dicitur quidem talis Contractus respectu obligationis, divisionis, atque solutionis dividuus, respectu verò liberationis, & effectus est individuus, quoniam parte unius rei solutâ, nec in illa, nec in tota alia re obtingit liberatio. *l. in executione.* 31

ne. §. 4. ff. hic. l. stipulatus sum. 9. §. 1. ff. de solut. Bartol. *in dict. l. in executione* §. *1.* Cujacius *in l. 2. ff. hic.* Gomez *cit. loco.* Ratio fundamentalis est, cùm aliàs debitor posset præstare partem in re diversa illius generis, e. g. si generaliter hominem promisisset, & solveret unam partem Stychi, & alteram Pamphili, aut si partem equi albi, & alteram præstaret partem nigri, sicque de alijs rebus discurrendo, adeòque creditor non assequeretur servum, seu rem integralem, sed partes in diversis servis, vel rebus, per consequens solutio eandem utilitatem non afferret respectu partis, quam totum respectu totius.

30 Dubium autem est, utrùm obligatio rei in genere promissæ, parte ejus solutâ, sit in pendenti, id est, an pars soluta, cùm non obtingat liberatio, mox condici possit, an verò primò post præstitam totam rem promissam? Respondeo, in hoc sensu, & in ordine ad repetitionem esse in pendenti, ratio est, quia si reliquas partes ejusdem hominis, seu rei solverit, stipulationi satisfacit, ob idque cessat condictio indebiti, si autem alium integrum hominem, vel rem in solidum dederit, pars soluta condici poterit. Videatur Bartolus *in l. 2. §. 1. ff. hic.* & Cujac. *dicto loco.* idem ipsum asserendum est de eo casu, quo mihi Stychus, aut Pamphilus est promissus, *l. si non sortem. §. si decem ff. de Condict. indebit. l. in executione. §. pro parte. ff. hic.* quia, si pars Stychi mihi fuit præstita, pars stipulationis non est ita perempta, ut sola actio ad alteram Stychi partē, vel partem Pamphili mihi supersit, sed si postea alia pars Stychi quoque sit soluta, extincta est obligatio, aut si integer Pamphil⁹ sit datus, pars Stychi à me condici poterit, etsi enim in alternativis electio sit promissoris, alterutrum tamen pro solido præstare debet.

Nec obstat textus *in l. qui hominem ff. de acceptilat.* cessat quippe ratio superiùs adducta in acceptilatione, qui enim promisit Stychum vel Pamphilum alternativè, ideò solvendo partem Stychi, & partem Pamphili non liberatur, ne creditor contra rationem Juris partes in diversis hominibus accipere teneatur, si autem creditor acceptam tulerit partem Stychi, non est verendū, ne in diversis hominibus solutio fiat; unde prono fluit alveo, quòd, si pars soluta sit perempta, periculū sit debitoris, utpote, qui per ejusmodi præstationem nec pro parte erat liberatus. *l. in ratione 30. §. incertæ ff. ad l. falcid.* 31

Tertius casus est, quo in stipulatione, aut alio Contractu est contenta res incorporalis, seu, uti vocant, intellectualis; exempla exhibent servitutes prædiorum, actus, via, aquæ ductus, vel servitus realis urbana, & hæc stipulatio omni respectu asseri debet individua, & primo quidem in ordine ad ipsum Contractum, & obligationem, siquidem pars servitutis non potest in hanc deduci, per textus *in l.* 32

pro parte & l. via, itineris, actus 17. ff. de servitut. l. si quis 6. §. 1. ff. Communia prædior. Ratio est per se manifesta, cùm sit res incorporea, & intellectualis, nec pars ejus tantā suppeditet utilitatem respectu partis, quantam totum respectu totius *arg. l. in executione ff. hic.* videatur Bartol. *in l. 27. ff. hoc tit.* prolixè, & omnium nervosissimè Gomez. *variar. resolut. tom. 2. cap. 10.*

33 Sicut respectu obligationis hæc stipulatio est individua, sic quoque ratione hæredum, mortuo quippe promissore quilibet hæres tenetur constituere servitutem in solidum, pariter defuncto creditore quivis ejus hæres agere potest ad constitutionem servitutis, per Jura priùs adducta, queis jungatur textus *in l. hæredes §. an ea 9. ff. famil. hercisc. l. ea, quæ in partes ff. de Reg. Juris.* Ratio est, quoniam ex persona hæredum non mutatur conditio obligationis, *l. stipulationum §. ex his ff. hic.* ergò quemadmodum defunctus obstringebatur ad constituendam servitutem in solidum, ita quoque quivis hæres, quando obligatio, ut in hoc casu, divisionem non recipit. *dict. §. ex his.* Conferatur latè hanc rem deducens Gomez. *cit. loco n. 16.* Nec obstat, quòd unus ex pluribus dominis non possit constituere servitutem, *l. unus ex socijs. ff. de servitut. prædior. rusticor.* ergò nec ab uno ex pluribus hæredibus, extincta enim videtur stipulatio, quoniam in eum casum incidit, à quo incipere nequit. Non, inquam, obstat regula, namque illa in pluribus casibus limitatur, prout desumitur ex *l. ex pluribus penult. § final. ff. hoc tit. ibique* Castrensis. Etsi verò unus ex duobus dominis servitutem constituere nequeat, ab uno tamen, qui suo fundo servitutem acquisiverat, parte vendita non corrumpitur, quamvis in eum casum inciderit, à quo incipere nequit, unde si quis servitutem est stipulatus, duobus relictis hæredibus, quilibet poterit in solidum agere, cùm non ex propria, sed hæreditaria agat obligatione. Gomez. *dict. loco.* Cujac. *in dict. l. 2.*

Aliud est receptum in usufructu, 34 qui secùs ac usus omni respectu censetur esse dividuus, potest enim in contractum & obligationem vel totus, vel pro parte deduci, e. g. in parte fundi, ut usufructuarius ex ea sola fructus colligere queat, sicut statuit Papinianus *in l. 5. & l. etiam l. si mihi & tibi ff. de usufruct.* ibique Interpret. Ratio est dari solita, cùm, sicut dominium rei mobilis, vel immobilis pro parte, ita quoque ususfructus, utpote pars dominij, promitti potest. *l. 4. ff. eodem.* conferatur Castrens. *in l. 1. §. 9. ff. ad l. falcid.* Cæpolla *de servitut. lib. 1. de servit. præd. urb. cap. 10.* Pariformiter est individuus intuitu divisionis inter hæredes faciendæ, mortuo quippe promissore, seu debitore ususfructus à singulis hæredibus pro parte de-

debetur. *dict. l. 5. ff. de usufruct.* ex quibus igitur fluit, nec minùs ratione solutionis esse dividuum, cùm possit pro parte solvi, ex qua solutione quoque pro parte subsequitur liberatio per *l. cui ususfructus ff. de usu & usufructu legato.*

35 Ultimus est inspiciendus casus, quo factum aliquod est in stipulationem evocatum, & hoc casu stipulatio simpliciter, & omni respectu est individua, nec enim potest factum pro parte in obligationem deduci per textus sæpè adductos in *l. stipulationes. 72. l. in executione. l. libertus, qui 15. ff. de operis libert.* Unde si promissor plures reliquit hæredes, quilibet eorum ad factum in solidum obligatur, per textus modò adductos, minimè verò potest pro parte divisa, vel etiam indivisa solvi, id quod notabiliter desumitur *ex l. prout ff. de solut.* ubi asseritur, quòd eodem modo, formâ, & solennitate debeat fieri solutio, quo fuit contractum, si igitur contractus ratione obligationis est individuus, regulariter quoque ratione solutionis, ac concomitanter etiam intuitu liberationis, ratio est partim, quoniam solutio partis in facto tantam non affert utilitatẽ respectu partis, quàm totũ respectu totius, e.g. ædificium protegitur à vento vel intemperie, ut creditori ad usum præstitutum subserviat, quod pro parte facti fieri non potest; partim autem, qui ædes se ædificaturum promisit, ideò ædificando, seu solvendo partem, nihil agit, cùm talia ædificia ad sui perfectam consummationem certam sibi deposcant formam, in parte verò solutâ forma nequit subsistere pex textũ litteralem in *l. is, qui quadraginta § quædam ff. ad l. falcid.* quæ verò hactenùs explanata, subaudienda sunt de parte facti in genere, & indeterminata, non verò de parte certa, & determinatâ, potest enim promitti pars divisa domûs, ut cœmentum, tectum, vel alia pars. *l. 2. §. 1. ff. de aqu. pluv. arcend. l. si finita. §. ex hoc edicto ff. de dam. infect.* sed ne prolixiùs in hac materia excurram, reliquæ divisiones pertexendæ veniunt.

Tertia igitur stipulationis desumenda est divisio à modo stipulandi, aut enim stipulatio fit purè, ad diem, aut denique sub conditione 36 *§. 2. & 4. Inst. hoc tit.* jungatur textus *in l. creditores 10. ff. de Verb. sign.* Pura stipulatio est, quæ nullam habet adjectionem, quemadmodum: *certum dare spondes?* quod itaque purè est promissum, confestim debetur, cùm dies mox & cedat, & veniat. *dict. §. 2. Inst. hic. l. eum qui 41. §. quoties ff. hoc tit. l. cedere diem, 213. ff. de V. S.* humanitatis tamen causâ Judicantis arbitrio temporis spatium, intra quod solutionem parare potest, præfiniri solet debitori, *l. ratum 13. ff. de solut. l. 24. ff. de operis libert. l. continuus. L. 137. §. 2. ff. hic.* nulli quippe importuno cre-

creditori indulgendum est, ut præcociter cum parato sacco promissionem adurgeat juxta *l. quod dicimus ff. de solution.* Bachov. *in §. 2. Inst. de Verb. obl.* Vinn. *eodem* cum pluribus relatis apud Harprecht *in dict. §. n. 4.*

37 Stipulatio ad diem duplici potest modo concipi, aut enim adjicitur dies certa differendæ fortè solutionis causà, quo in casu mox quidem nascitur obligatio, §. *2. Inst. hic*, cedit quippe dies protinùs à tempore perfectæ stipulationis *dict. l. cedere diem ff. de V. S.* haud tamen venit, id est, ante adventum diei exactio non habet locum *l. certi condictio ff. de reb. cred. l. 44. §. 1. ff. de act. & oblig.* Bachov. *in Treutl. vol. 2. disput. 27. thes. 6. lit. E.* Salycet. *in L. un. Cod. ut actiones ab hæred. & contra.* Porrò dies certa aut expressè, ut memoratum est, aut tacitè apponi solet, quemadmodum si locus adjiciatur; seu 2. ob qualitatem rei promissæ, quæ ipsi stipulationi inest, vel si fructus nascituri sunt in obligatione. *l. interdum 73. l. continuus 137. ff. hoc tit.* aut 3. quando ratione personæ exigitur aliqua dilatio, e, g. si puellæ fuerit promissa dos, quæ adhuc non est nubilis, vel denique, si ex natura tituli exactio differri debet, velut in casu, quo merces est promissa pro docendo, pro domo locata, petitur enim merces eo tempore, quo consuetudo localis jubet *l. nec semel 12. §. 3. ff. quando dies legat. cedat.* addatur Mozz. *in rubr. de stipulat. in diem. à n. 9.*

Secundo modo solet dies stipulationi adjici incerta, idque tripliciter contingere potest, vel enim est dies incerta *an & quando simul*, hoc est, dubia, utrùm sit adventura, & si est adventura, quando ejus adventus sit sperandus, e. g. *quando Titius uxorem duxerit, quando Cajus fuerit factus Consul*, per ea, quæ scribit Paulus *in l. 21. ff. quando dies legat.* altero modo est incerta *an* solùm, id est, determinatum quidem est tempus, quo extitura, an verò sit extitura, in pendenti est. e. g. *lego Sempronio mille, quando erit pubes factus*, ratio assertionis per se patet, cùm anno decimo quarto pubertatem assequatur, an verò ad hanc ætatem sit perventurus, incertum est. *l. 33. ff. de vulg. & pupill. substit. L. 49. §. 1. & 2. ff. de legat. 1.* Ultimo modo si dies incerta apponitur *quando* solùm quoniam ea certò est ventura, sed tempus non est determinatum, ut promitto *Mævio mille, quando Fabius morietur*, prout haud obscurè desumitur *ex l. 1. & l. 75. ff. de condit. & demonstrat.* 38

Queis prænotatis, asserendum est, quòd dies primo modo adjecta tam in actibus inter vivos, quàm ultimæ voluntatis conditionem efficiat arg. *l. 72. ff. de condit. & demonstr.* Bachov. *in Treutl. vol. 2. disput. 13. thes. 6. Litt. E.* Philibertus Brusselius *in tract. de condit.* 39

dit. part. 1. tit. 3. Id ipsum est tenendum in adjectione secundo modo formata, ætatis enim vel similis dies insertus, præsertim in actibus inter vivos, indistinctè conditionem facit. *arg. L. 22. ff. quando dies legat.* jungatur allegatus Brussel. *cit. loc. n. 8.*

40 Circa actus enimverò ultimæ voluntatis claritatis causa notabilis est interjicienda distincti o, aut enim talis ætas est adscripta legatario, & non minùs conditionem facit. *dict. l. 22 ff. eodem.* Unde si legatarius ante annotatam ætatem decedit, nihil ad suos hæredes transmittit, *l. 49. ff. de legat. 1.* nisi legatum sit purè datum, & sola solutio in ætatem incertam dilata, *L. ex his 5. Cod. quando dies legat.* in exemplo lego filiæ meæ centum, ut eos accipiat, quando ad perfectam ætatem pervenit, nec enim ipsi legato, sed solæ solutioni est inserta dies incerta. Vide citatos apud Brunnemann. *in allegat. L. 5. Cod. quando dies legat.* quod de legato, seu honorato dictum, id quoque ad gravatum, vel hæredem protendendum est, conferatur laudatus Brussel. *dict. loc n. 10. sub finem.*

41 Nec obstat textus *in L. 16. Cod. de fideicommissis libert.* ubi in testamento servo erat adscripta libertas, quando testatoris filius annum 25. excesserit, & licèt filius, antequam ad memoratam pertingeret ætatem, decesserit, nihilominus eo die, quo, si vixisset filius, præstitutam ætatem complexurus fuisset, ei libertas debetur, ratio est, quoniam hæc temporis adjectio est in favorem libertatis specialiter recepta, adeoque ad alia non protendenda. *L. 18. §. 1. ff. de aliment. & cib. legat.* quod expreßè confirmatur *per l. fideicommissaria. 23. §. 3 ff. de fideicommiss. libertat.* ubi Papinianus rationem subjicit in verbis: *hoc singulari Jure receptum est, nec ad cætera fideicommissa potest porrigi.*

In tertio genere diei incerti quoad actus inter vivos planè nulla subest difficultas, nec ulla intelligitur inesse conditio, siquidem Contractus ad hæredes sunt transitorij, nec in his ulla est timenda caducitas, ac proinde nihil refert, sive sit promissio facta ad mortem stipulatoris, vel alicujus tertij, cùm neutro casu deficiat, quare si quid promisi dare, cùm moriar, & ante mortem meam solvi, ampliùs repetere nequeo, *L. nam si 17. ff. de condict. indebit.* ad instar debiti in diem certū, quod ante adventum diei solutum non potest repeti, *L. in diem 10. ff. eodem*, quod repetere possem, si tantùm sub conditione deberem. *L. sub conditione 16 ff. eodem.* Aliter se res habet in actibus ultimæ voluntatis, in his enim, quia nihil ad hæredes transmittitur, facile contingere potest, ut fierent caduci, adjectio quippe incerti diei conditionem facit, e. g. Testator legavit Sempronio mille, quando Titius morietur, facilè potest evenire, ut Sempronius ante Titium decedat, adeóque ad hæredes hos 42

Dddd mille

mille transmittere nequeat, *L. si cùm 4. ff. quando dies legat. vel fidei comm. ff. cedat.* subintelligitur igitur conditio, si Sempronius Titium supervixerit, nisi dies mortis adscripta sit ei, cui aliquid est relictum; *dict. L. 4. §. 1. ff. eod.* ideóque legati dies non secùs, ac aliud legatum purè, seu in diem certum relictum protinùs à mortè testatoris cedit, nec enim sub conditione, sed potiùs solvendi mora erat suspensum. *L. hæres meus 79. ff. de condit. & demonstrat. ibique* Brunneman. Brussélius *dict. tract. tit. 3, n. 6.*

43 Tertio concipitur stipulatio sub conditione, §. 4. *Inst. de V. O* quid enimverò, & quotuplex sit, vide tractatû *de testamentis art. 6. quæst. 4.* Dies igitur stipulationis conditionalis non cedit ante eventum conditionis, *dict. §. 4. Inst. eod. & l. cedere diem. 213. ff. de V. S.* notabile tamen est discrimen inter actus inter vivos conditionatos ex una, & actus ultimæ voluntatis ex altera parte: in prioribus namque spes debitum iri, etsi creditor, seu stipulator ante eventum conditionis moriatur, ad hæredes transmittitur, *dict §. 4. Inst. de V. O.* & *cit. L. cedere ff. de V. S.* pendente tamen conditione nulla nascitur obligatio, ideóque quod sub conditione promissum, nec rectè solvi, nec novari, aut constitui potest *L. 19. ff. de const. pecun.* quin si solutum foret, repeti potest. *L. 16. ff. de condict. indebit. L. 38. §. 16. ff. hic.*

44 Nec obstat textus *in L. Ususfructus 26. ff. de stipul. serv.* cujus verba finalia dicunt: *quia ex præsenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.* Ratio est, quoniã illa verba non sunt in eo exaudienda sensu, quasi dies absolutè mox à tempore contractæ stipulationis cederet, sed quòd cedat sub conditione, & res promissa debeatur in eventum impletæ conditionis, ob idque protinus ad hæredes transmittitur; nascitur ergò aliqua perfectio conventionalis, quia partes tenentur expectare purificationem conditionis, arg. *L. qui balnea 9. §. 1. ff. qui potior. in pignor. L. 8. ff. de peric. & commod. rei vend.* jungantur, quæ scribit Wisenbach. *in l. Creditores & l. 213 ff. de V. O.* Donell. *Comment. Lib. 15. cap. 11.* quo collimant quoque textus in *L. 54. ff. de V. S. & l. 42. ff. de ob. & act. ibique* Brunnem.

Neutiquam verò in posterioribus spes debitum iri ad hæredes transmittitur, differentiæ ratio est partim, quòd fideicommissa & legata, ut donationes quædam, sint facti, *L. final. ff. de capit. minut.* adeóque ante conditionis eventum nihil esse censentur, in stipulatione enimverò quoad obligationem continetur Jus, ergò jam aliquid esse censetur, quæ igitur in Jure consistunt, ad tempus deberi nequeunt, sed sunt perpetua, & ad tempus trãsitoria esse putantur, in facto autem consistentia eo demum momento aliquid esse incipiunt, quo fiunt, seu actualiter acquiruntur *L. opera 1. ff.* 45

de

de oper. serv. partim quoque, & quidem præcipuè, cùm in stipulatione interveniat factum stipulatoris, quo non solùm sibi, sed & hæredibus suis providere conjecturatur, secùs in legato, ubi nullum legatarij factum, aut consensus accedit. Mynſ. Schneidevv. & alij relati ab Hartprecht. *in* §. *4. Inst. hic.*

46 Ex quibus omnibus liquet, quòd, tametsi in stipulatione, seu etiam alio negotio inter vivos celebrato adscripta sit conditio de non faciendo, neutiquam tamen locum sibi vindicet cautio Mutiana, nisi fortè in illis, quæ ex natura sua non transeunt ad hæredes, quemadmodum usus fructus, habitatio, vel aliud privilegium personale. Brussel. *in tract. de condit. lib. 3. tit. 2. n. 13. in fine.*

47 Illa facti species adhuc restat enodanda, quæ proditur *in l. 56. §. 4. ff. hic.* & inde desumpto § *3. Inst. eodem.* qua nempe quis sibi annuos decem, quoad vivit, stipulatus est; ut ergo promptiùs figura citatæ L. intelligatur, tres sunt secernendi casus, primus est, quo quis sibi stipulatus est centum annuos, vel annuatim, aut denique in singulos annos, non apposito, *quoad vivit*, in quo casu nemo dubitat, quin hæc stipulatio sit pura, & perpetua. *arg. ut. L. 56. §. 1. & dict. L. 53.* Ratio haud obscura deducitur ex *adducto* §. quoniã, sicut ad tempus nihil potest deberi, atque stipulationes ex naturâ suâ sunt perpetuæ, ita annorum adjectio multiplicandæ obligationis gratiâ facta esse intelligitur. Vinn. Harprecht. & alij in *sæpe allegato* §. eámque ob rem statim ab initio cujusvis anni tanquam ex pura obligatione peti possunt.

Alter Casus est, quo quis juxta verba rursus memorati §. *3.* centum in singulos annos, sed quoad vivit, sibi est stipulatus, quamquam non minùs & hæc obligatio ex natura sua sit perpetua, & ad hæredes transitoria, nihilominùs hæredes stipulantis exceptione pacti, vel doli submoventur, *dict. L. 56. §. 4. ff. hic L. obligationum. 41. ff. de obl. & act.* idipsum est dicendum ea contingentiâ, quâ causa obligationis cohæret personæ stipulatoris, quemadmodum si quid annuum in alimenta fuit promissum, aut si Medicus sibi centum in annuam summam stipuletur *arg. l. 10. §. 1. ff. de ann. legat.* 48

Tertius, & ultimus casus, seu potiùs formula est, qua quis e. g. centum, quoad vivit, omisso vocabulo *annuos*, vel in singulos annos stipulatur. Quòd hoc in passu pariter confestim peti possit, petendique obligatio ad instar priorum perpetuetur, atque hæres stipulantis exceptione non minùs repellatur, dubio equidem caret. An verò in hoc casu centum tantummodò semel, vel quoque annuatim debeantur, multi ambigunt, mihi cum Donello, Vinnio, & alijs *in* §. *3. Inst. de V. O.* posterius hodierno loquendi modo magis conforme esse videtur. Hactenus osten- 49

ſum eſt, qualiter ſtipulatio conſtituatur, & dividatur, de hinc ulteriùs in ejus cauſas & objectum inquirendum eſt,

50 Præprimis autem in cauſam efficientem, ſeu in perſonas, quæ hunc contractum celebrare poſſunt, vel non; eſt autem hoc Edictum prohibitorium, ideóque qui ſpecialiter non inveniuntur prohibiti, omnes admiſſi cenſentur. *L. cum Prætor. 12. ff. de Judic.* in theſi igitur omnes promittere, ſeu ſtipulari poſſunt, qui ex natura ſeu proprietate hujus Contractus, aut legibus, moribusque receptis non repelluntur, nullo interpoſito diſcrimine, ſive Maſculus ſit, ſive fœmina, quemadmodum prolixiùs per multivarios textus, & authoritates deducit Joann. Gæddæus *in tract. de contrah. vel committ. ſtipulat. cap. 7. concluſ. 1.*

51 Repelluntur igitur primò, ſaltem ſpectato Jure antiquo, ad beſtias, ad Metallum, ad ultimum ſupplicium damnati, *L. quod ad ſtatum. 12. & L. ſi ut quidem 17. ff. de pœnis.* Ratio eſt in promptu, cùm tales fierent ſervi pœnæ, adeóque non modò civitatis, ſed etiam libertatis amittebant jura, ſtipulatio verò eſt Juris Civilis, ob idque tales, quoniam in nullius patrimonio, ſed tantùm in pœnæ arbitrio erant, nec ſibi, nec alij cuique acquirere poterant. Secùs eſt hodie de Jure Novellarum, de quo hæc pœna eſt ſublata *Novell. 22. cap. 8.* tametſi non pauci exiſtiment, recenſitas perſonas adhuc hodie privatas eſſe Juribus civitatis, benignior tamen, præſertim de moribus, & conſuetudine eſt opinio aſſerentium, ad mortem condemnatos ad teſtamenti factionem, aliósque actus de Jure Civili adornatos admittendos eſſe. Salycet. *in Auth. ſed hodie C. d. de donat. inter virum & ux.* Julius Clarus *ſentent. lib. 3. §. teſtamentum. quæſt. 21. n. 1.* Verſ. *bene verum eſt.* Matthæus Colerus *deciſ. 34.* & plures relati ab Harprecht. *in §. 5. Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* queis accenſentur aquâ & igni interdicti, deportati, ab Imperio Banniti. *L. quoties 14. ff. de novat.* conferatur Cujac. *in l. 121. ff. de V. O.* Andre: Gaill. *de pace pub. lib. 2. cap. 1.* & prolixè citat. Gæddæus *in allegat. tract. cap. 7. concluſ. 3. & 5.*

Secundò ſubmoventur à poteſta- 52
te ſtipulandi ſeu alijs promittendi, furioſi, mente capti. *§. furioſus 8. Inſt. de inutil. ſtipul. L. 1. §. 12. ff. de obl. & act.* Ratio eſt partim, cùm hi nullum negotium ritè, & validè gerere poſſint, *dict. §. 8. & L. 5. ff. de Reg. Jur.* partim autem, & quidem præcipuè, cùm voluntas & conſenſus in eis deſideretur, *L. 40. ff. eodem.* niſi tempore dilucidi intervalli, ut enim in eo caſu validè teſtantur, ita quoque ſtipulantur. Ad furioſos hoc in paſſu referri poſſunt ebrij, qui uſque ad alienationem mentis poculis ſunt obruti; videatur

tur Glossa *in Can. unusquisque. C. u. a 22. quæst. 4.* Bald. Alexand. Tyraquell. & alij apud Gæddæum *dict. tractat. c. 7. conclus. 11.* quibus in ordine ad alijs promittendum, seu ad alienationem æquiparantur prodigi. *l. 12. ff. de tut. & curat. dat.* sibi enimverò ab alijs stipulari non prohibentur, siquidem in ordine ad acquisitionem pari passu ambulant cum pupillis. *l. certi condict. 9. §. sed & 7. ff. de reb. cred.*

53 Tertiò infantes, qui nec sibi stipulari, nec alijs promittere queunt, *§. 10. Inst. de inutil. stip.* quòd si autem sit infantiæ proximus, etsi nec tutore authore alijs ex ullo negotio, quin nec ex delicto obligari possit, quia doli haud capax esse censetur, Bachov. *in §. 10. Inst. de inutil. stipulat.* ibidemq; Harprecht. sibi tamen per stipulationem aliúmve titulum lucrativũ acquirere poterit, quemadmodum non obscurè desumitur ex tenore *citat. §.* ubi Justinianus ait: *propter eorum utilitatem benignior Juris interpretatio est facta;* in quo sensu subaudienda est *l. 9. ff. de auth. tutor. & l. 1. §. 13. ff. de oblig. & act. l. 9. ff. de acquirend. hæreditat.*

54 In minoribus explorati Juris est, sive Curatores habeant, sive non, eos stipulando alios citra authoritatem curatorum sibi obligare posse, alijs verò promittendo obligari nequeunt, qui curatorem habent, absque ejus consensu. At huic assertioni manifestè adversari videtur text. in *l. puberes ff. de V. O.* ubi Modestinus ait: *puberes sine Curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* Variæ à varijs ad hanc legem evocantur responsiones, plures enim contendunt deesse hîc negationem, quos inter est Donellus *in comment. lib. 12. cap. 22. in fine.* Duarenus verò opinatur sensum esse, puberes, qui Curatores suos non habent, quos habere deberent, posse ex stipulatu obligari; alij aliter, quemadmodum videre est apud *cit.* Gædd. *cit. tract. cap. 7. concl. 14. à n. 263.* ne igitur verba textus truncentur, aut eis violentus intorqueatur sensus, mihi cum Adam. Struvio *in suis evolut. exercit. 6. thes. 40. ibique* Miller. & Brunneman. *dict. l. 101. ff. de V. O.* placet asserere, puberes absque consensu suorum Curatorum obligare posse suam personam, non autem res suas, seu contrahere obligationem collimantem ad alienationem rerum suarum: aliter Vinnius *in tract. de pact. c. 15.*

Quartò repelluntur mutus & surdus, ratio utriusque est in promptu, 55
quoniam in stipulatione requiruntur verba ore prolata, quorum neuter est capax, ille enim interrogare, hic autem respondere nequit, si autem stipulatio in scriptis facta esse supponatur, deficit ejus essentia, adeóque nihil actum esse censeri debet. Bachov. *dict. loc.* quemadmodum autem hi ob defectum sensûs stipulari non possunt, ita ob defectum juridicæ distinctionis irrita

est stipulatio, si pater à filio, vel servus à Domino suo aut vice versâ stipuletur. *§. 6. Inst. de inut. stipulat.* Ratio jam est attacta, pater enim & Filius, Dominus & servus in illis, quæ sunt Juris Civilis, & quæ patri & domino acquiruntur, una eademque persona esse censetur *§. 4. in verbis finalibus Inst. dict. tit. & l. ult. Cod. de impub. & alijs substit.* nemo autem sibi ipsi potest obligari, *l. 11. ff. de legat. 1. l. 21. §. 3. ff. de fidejuss.* quod inde magis solidatur, cùm inter patrem, & filium nulla lis locum sibi vendicare possit. *l. nulla lis. ff. de Judic. l. 7. ff. de oblig. & act.* videatur Bachov. Vinn. Harprecht. *in dict. §. 6. Inst. eodem*, assignato tamen inter filiumfamilias, & servum notabili discrimine, quod servus non modò suo Domino, sed nec ulli obligari possit, *cit. §. 6.* secùs filiusfamilias. *l. 39. & l. 43. ff. de oblig. & act.*

56 Prænotatis breviter personis, quæ stipulationem celebrant, justa ordinis ratio postulat, ut res, quæ in hunc Contractum deduci solent, succinctè perstringantur: est & hoc loco Edictum prohibitorium, omnes enim res, quæ specialiter exceptæ non sunt, promitti, & in hunc Contractum deduci possunt; eximuntur verò primò, quæ vel in rerum natura non sunt, vel esse desiêrunt, ut liber homo, equus mortuus, Sphinx, Pegasus, aut alia fabulosa monstra, item res Sacra, Sancta, Religiosa; hujus ergò qualitatis res si quis stipulatur, inutiliter agit. *§. 1. Inst. hic.* Ratio est per se manifesta, quoniam tales res aut per naturam rerum aut Juris impossibilitatem præstari nequeunt, impossibilium autem nullam esse obligationem liquet *ex l. impossibilium 185. ff. de R. I.* adeò quidem, ut nec earum debeatur æstimatio, quoniam, quando res non debetur, nec æstimatio est præstanda *§. 4. Inst. de legat. l. 39. §. ult. ff. de legat. 1.* ita in specie ex stipulatione nihil debetur, quod in ea non comprehensum. *l. quidquid adstringendæ ff. hoc tit.* conferatur Bachov. *in §. 1. Inst. de inutil. stipulat.*

Queis tamen adversari videtur, quòd res sacra, seu etiam liber homo ab ignorante emptus hactenus saltem valeat, ut adversùs venditorem actio ad interesse, & repetendum pretium ei concedatur *per text. in l. 4. & l. 62. §. 1. ff. de contrah. empt.* Gomez. *variar. resolut. tom. 2. cap. 2. n. 50.* Brunnem. *in dict. l. 4.* Bachov. *cit. loco.* ergò etiam stipulatio rei extra commercium humanum existentis saltem ab ignorante celebrata in tantum valebit, ut promissor stipulanti ad interesse teneatur. Sed hoc non adversatur, longè quippe diversa est emptionis causa, præterquam enim, quod *in §. 1. & 2. Inst. de inut. stipulat.* dicatur inutilis esse talis stipulatio, econtra *in l. 4. & l. 62. §. 1. ff. de contrah. empt.* ait Pomponius: *& liberi hominis, & loci sacri, & religiosi qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab* 57

ig-

ignorante emitur, ita &, ut præter alios defendit Bachov. *in dict.* §. *1. Inst. de inutil. stipulat.* emptio est Contractus onerosus, adeoque re evicta, vel alio modo ab emptore avocatâ ejus pretium, & pro casuum diversitate interesse est præstandum, stipulatio verò à potiori est Contractus lucrativus, in quo cessat prior ratio.

58 Porrò si stipulatio continet titulum onerosum, e. g. obligatione emptionis per novationem in obligationem ex stipulatu transfusâ (quemadmodum sæpenumero contingere potest) atque promissor non ignoravit, rem esse commercio humano exemptam, tunc adversus promissorem doli actionem dandam esse putant post Joan. Fabrum Vinnius & Bachov. *in* §. *2. Inst. de inutil. stipulat.*

59 Ampliatur autem hæc assertio ad eum casum, quo res commercio humano exempta sub conditione, si in commercium est devolvenda, est promissa §. *2. Inst. dict. tit. & l. inter 83.* §. *sacram ff. de V. O.* inhumanum enim, quinimò crudele esse videtur, talem operiri conditionem, ut res sacra profanetur, vel liber homo in servitutem detrudatur, queis consequens est, si res profana, seu in commercio existens fiat sacra, seu quovis alio modo commercio eximatur, stipulationē ejus rei irritari, *cit. l. inter stipulantem* §. *sacram 5. ff. de V. O.* nisi idipsum contingat ex culpa promissoris, tunc enim non secùs, ac ille, qui occidit hominem, vel aliud animal promissum, tenebitur. *l. 13.* §. *1. verbis finalibus ff. eodem.*

Ad exemplum rei in Commercio non existentis corruit stipulatio rei propriæ, ratio est per se manifesta, quoniam in stipulatione agitur ad rem dandam, *l. ubi autem 75.* §. *ult. ff. eodem*, id verò, quod jam semel meum est, ampliùs meum fieri nequit. §. *sed si rem. 10. Inst. de legat.* §. *sic itaque. Inst. de act.* Notabile tamen est discrimen inter rem meam, & eam, quæ commercio humano est privata, cùm, etsi rei meæ stipulatio pura non subsistat, valeat tamen sub conditione, si mea esse desierit, rei verò sacræ stipulatio nec purè, nec conditionatè concepta corroboratur, cùm res illa, quæ ex natura sua dominium nostrum respuit, nullo modo possit deduci in obligationem. *dict.* §. *2. Inst. hic.* 60

Haud absimili modo discurrendum est de illis rebus, quæ quidem non omninò, sed tantummodò secundùm quid sunt dominio nostro subjectæ, quales sunt, quæ vitium quidem habent, sed tantùm temporale, exemplum est in rebus ædificijs junctis, quas ædibus, seu ædificijs eximi Senatus prohibet. *l. 41.* §. 7. *& seqq. ff. de legat. 1.* cùm ergo hoc impedimentum merè sit temporale, & respectivè accidentale, haud difficile erit, res tales sub conditione promitti. Conferatur prolixè differens Bachov. *in sæpè adduct.* §. *2. Inst. de inutil. stipulat.* cui non repugnat *textus in* 61

in l. 26. ff. de stipulat serv. ubi disertè dicuntur stipulationes ex praesenti vires accipere, & generaliter in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. *l. si filius familias 78. ff. de V. O.* textus namque loquitur de qualitate personae tam stipulantis, quàm promittentis, & de re in commercio humano non existente, habilitas enim personarum contrahentium spectatur tempore contractûs, Vinn. *in dict. §. 2. Inst. de inutil. stipulat. n. ult.* praesertim in casu *dict. l. 26. ff. de stipulat. serv.* ubi tempore contractûs nec vera, nec ficta adest persona, cui servus usumfructum stipulari posset. Bachov. *in §. 2. Inst. de inutil. stipulat. n. 3.* jungantur plures relati à Brunnemanno *in dict. l. 26. ff. de stipulat. serv.* Donell. *comment. lib. 15. cap. 11. in fine.* singulariter autem est notandus Pacius *cent. 7. quaest. 37.* Obligatio enimverò rei in commercio existentis in eventum differri potest, ut ante illum eventum omninò non debeatur. *l. 213. ff. de V. S.* Minùs gravat opinionem vulgata regula, quòd conditio retrahatur ad tempus contractûs *l. 78. ff. de V. O.* siquidem illa regula non adeò est universalis, quin ei ulla obstare possit exceptio, nec enim locum habet, quando ab initio subest aliquod vitium, seu inhabilitas personarum, vel denique conditio pendet à potestate contrahentium. *arg. l. 11. §. 1. ff. qui potiores in pignor.* vide Bachov. in saepè *allegato §. 2. Instit. de inutil. stipulat.*

Ad suprà explanatum rerum genus referri potest illa, quae est extra commercium stipulantis, non magis enim valet talis stipulatio, ac si absolutè commercio esset exempta. *l. multùm 34. ff. de V. O.* secùs est, siquidem sit in commercio stipulantis, non verò promittentis, unde si forensis statuto loci foret incapax rerum immobilium, frustra sibi fundum, seu aedes à cive stipularetur. Bartol. Castrens. Duaren. *in dict. l. 34. ff. eod.* Gaedd. *in Comment. de contrah. stipulat. c. 6. conclus. 10. n. 112.* 62

Aliud hic haud leve enascitur dubium, utrùm, vel quomodo res aliena promitti, seu in stipulationis contractum evocari possit? Dubitandi ratio oritur primò ex loco Ulpiani *in l. stipulatio 38. §. quaesitum. 4. ff. de verb. oblig.* in verbis: *quae res ita effectum habebit, si propria esse promissoris caeperit, quare, si perseveraverit aliena, dicendum erit, stipulationem non committi, nisi poena adjecta sit, cùm neque per eum, nec per successorem ejus quidquam factum est.* Ex quo tenore defendi posse videtur, rem alienam non posse promitti, nisi in casu, quo est promissoris futura. Altera dubitandi ratio haud obscurè deducitur ex *l. 1. l. 2. & 3. Cod. sine censu vel reliqu. fund. compar. non poss.* in quibus novus fundi possessor tributa, & pensitationes agnoscere debet, nec valet pactum in contrarium, & confirmatur ex *l. 75.* 63

§. ult.

§. *ult. ff. hoc titul.* quod in stipulatione agatur ad dandum, seu transferendum dominium, rei autem alienæ dominium transferri nequit, ergò per consequens nec in stipulationem deduci.

64 At contrarium rationi Juris conformius est, quemadmodum enim res aliena vendi, pignori dari, commodari, & locari potest, saltem in eum finem, ut consurgat obligatio, *l. si in emptione. §. omnium ff. de contrah. empt. L. aliena 20. ff. de pignorat. act.* ita quoque per stipulationem promitti poterit, indubitati quippe Juris est, quòd stipulatio omnium negotiorum, & contractuum causâ interponi, simul ac omnium rerum, quæ in hæc negotia seu contractus deduci amant, esse possit, per textum apertum *in princ. Inst. de inutil. stipulat.* Confirmatur per ea, quæ scribit Ulpianus *in L. 51. hoc. tit.* asserens: *qui alienum servũ promisit, perducto eo ad libertatem, ex stipulatu actione non tenetur, sufficit, si dolo, culpâve caret:* queis liquidè demonstrat servũ alienũ ab alio etiam possessum rectè promitti, adeò, ut si servus perduret, vel dolo, culpâve promissoris libertatem assequatur, aut moriatur, perinde adstringatur, ac si proprium promisisset. Secundò corroboratur per effatũ Pauli *in L. 28. ff. hoc tit.* disertissimè scribentis: *Si rem tradi stipulamur, non intelligimus proprietatẽ ejus dari stipulatori, sed tantùm tradi.* Ut ergò in cæteris contractibus, ita quoque in stipulatione res tradi, & conditio præscribendi transferri potest, quin nec difficultas præstationis eum obligationi eximit. *L. 2. §. 1. ff. hoc. tit.*

Quæ superius in contrarium 65 erant producta, leviora sunt, quàm ut eorum ratio haberi debeat, Ulpiani enim responsio *in §. quæsitum. l. 38. ff. hîc.* dependet à disputatione, seu quæstione in præcedentibus §. §. agitata, in quibus disceptabatur, utrùm factum alienum in stipulationem traduci, vel rei alienæ causâ *habere licere* promitti possit, non autem, utrùm rei alienæ stipulatio esse possit? Cujac. & Duaren. in dict. *§. quæsitũ cit. L. 38. ff. hîc.* Pari responsione altera dubitandi ratio confutatur, etsi enim nec fisco, nec ulli privato per talia pacta præjudicium generari possit, *L. inter debitorem ff. de pactis*, contrahentes tamen, seu paciscentes, in quantum eorum Jus concernit, conventio omninò constringit, ob idque rei alienæ obligatio promittentem ligat; exemplum est in cohæredibus, quos inter placuit, singulos debitores singulis creditoribus solvere, hæc tamen placita creditoribus neutiquam possunt obesse. *L. debitorem. 25. Cod. de pact.* Minùs postremò urget *l. 75. §. ult. ff. hoc. tit.* quoniam non indistinctè ad dandum, sed & alio modo stipulatio concipi solet.

Quemadmodum autem quævis 66 res commercio subjecta spònderi potest, ita quoque facta propria, *§. ult. Inst. de V. O.* honesta sint modò,

dò, & ab omni turpitudine semota, turpes quippe, seu illicitæ promissiones e. g. committendæ cædis, alteriúsve delicti nullius sunt momenti, *L. generaliter. 26. & L. 133. ff. de V. O.* Bartol. & Castrens in dict. *L. 26.* Wesenbec. *de Verb. obl. n. 11.* Gæddæ. *in dict. Coment. de contrah, vel comitt. stipulat. cap. 6. conclus. 13. n. 169.* Dixi superiùs, facta *propria*, aliena enim haud magìs in stipulationem deduci possunt, quàm turpia, quæ in ordine ad hunc effectum pari ambulant passu, horum enim stipulatio æque inutilis est, ac illorum, *L. 38. L. 83. ff. hoc tit.* ex ratione, quia stipulatio inter promittentem & stipulatorem, non inter alium est contrahenda, omnis enim obligatio ex propria, non alterius personâ initium sumere debet, *L. 11. ff. de obl. & act.* qui verò alienum promittit factum, non à se, sed ab alterius persona negotium auspicatur, videatur Gædd. *in sap. cit. tract. cap. 6. n. 183.*

67 Hancque assertionem adeò veram esse arbitror, ut promittens alium daturum, seu facturum, nec adstringatur adhibere aliquam curam, seu diligentiam in ordine ad hoc, ut alius, cujus factum promisit, det, aut faciat, aliàs namque non foret prorsùs inutilis, sed promittens saltem aliquo modo obligaretur contra finalia verba *L. sicut reus 65. ff. de fidejuss.* modò factum sit penitùs alienum, & à promittente nullum habeat principium, si enimverò factum alienum aliquo modo dependet à nostro, ejus promissio non absolutè irritatur, quo collimant textus *in L. stipulatio ista 38. & L. inter 83. ff. hoc tit.* in quibus id ex natura negotij actum esse videtur, e. g. si quis alium sisti, seu dolum malum abfuturum promittit; pariformiter in *L. 14. §. 2. ff. de constit. pecun.* ubi quis spondet, certam personam pro se fidejussurá, aut factum servi, vel filijfamilias nostri, queis imperare possumus, rectè in stipulationem deducitur, hoc enim à nostro dependet principio, & cura, si igitur non curamus, ut efficiant, ex propria incuria, & socordia adstringimur. *L. fluminũ 24. §. 6. ff. de dam. infect.* In his ergo & similibus casibus non tantũ alienum, sed propriũ factum promissum esse intelligitur. Vinn. *in §. 3. Inst. de inutil. stipulat.* haud aliter est discurrendum de facto hæredis, quod promisit defunctus, personam quippe defuncti hæres repræsentat, *L. hæredem 59. & L. ex qua 149. ff. de Reg. Jur.* eámque ob rem, quod defunctus promisit, idipsum ratum habere debet hæres, cujus enim sentit commodum, ejusdem quoque incommodum perferre debet, addatur *cit. l. 38. ff. hoc tit.*

His ita deductis obstare videtur, quòd fidejussor indubiè obligetur, qui tamen factum alienum, videlicet principalis debitoris, spondet; at non obstat, quoniam fidejussor proprium, & non alienum promittit factum, & quidem si principalis non sit solvendo, aut alio quovis modo 68

satis-

satisfactionem præstiturus, se ad solutionem adstringit.

69 Quod si enimverò quis se effectutum promisit, e. g. ut Titius det, faciatvè, non tam alienum, quàm proprium factum promisisse conjectuatur, indéque in id, quod interest stipulantis, obstingetur. *l. Si hæres. 73. ff. de legat. 1. L. 81. ff. de V.O.* Bronchorst. *cent. 4. assert. 40.* Faber. *in Cod. de contrah. stipulat. def. 10.* Vinn. *in §. 3. Inst. de inutil. stipulat.* Si verò solùm se curaturum promisit, tunc communiter statuunt allegati DD. promissorem præstando omnem diligentiam liberari. Faber *cit. loco n. 4.* Boerius *decis. 16.* ut igitur stipulatio facti alieni suum sortiatur effectum, optimam omnibus stipulationibus subservientem cautelam suggerit Justinianus *in §. ult. Inst. de V. O.* videlicet, ut subjiciatur pœna determinata, quæ non modò in locum facti alieni perperam promissi, sed & proprij substituatur, quævis enim facti promissio est incerta, quoniam in ea venit id, quod stipulatoris interest, interesse autem tam ratione probationis, quàm eventûs incertum est, juxta effatum Pauli *in L. si pœnam. 68. ff. de V. O. L. ult. ff. si quis in Jus vocat.*

70 Ratio incertitudinis hujus est, si quidem interesse ex eo dependet, quòd nos jacturam incurramus ob id, quòd promissum factum non sit perfectum, aut lucramur, si illud sit confectum. *L. si commissa 13. ff. rem rat. hab.* Unde si definita subjiciatur pœna, incertitudo ideò tollitur, quia per adjectionem pœnæ certa exprimitur quantitas, & nulla alia opus est probatione, quàm, ut de stipulatione doceatur, nec ampliùs quæritur, quanti intersit, sed solùm, an pœnæ nomine promissum sit. *§. 19. Inst. de inutil. stipulat. L. 38. §. 17. ff. de V. O.* Quemadmodum igitur stipulatio pœnalis relevat actorem ab onere probandi, quanti suâ intersit, ita quoque promissor facti alieni pœnam promissam, utpote factum proprium, præstare cogitur. videatur Bachov. *in dict. §. ult.*

At aliud hîc suboritur dubium, 71 utrùm stipulatio pœnalis præcedentem novet obligationem, adeò, ut dehinc ad solam obstringatur pœnam? Mihi probabilissima videtur negativa per text. *in L. 10. § 1. ff. de pact.* in verbis: *Sabinus putat, quod est verius, utraq; via uti posse*; & *l. ita stipulatus. 115. §. final. ff. hic* in verbis: *Si homo datus non fuerit, & homo & pecunia debentur. L. duo. 71. ff. pro socio.* Et ratio est, cùm pœna conventionalis non adjiciatur animo priorem obligationem tollendi, seu novandi, sed potiùs eandem continuandi, ut nimirum promissor ad priorem promissionem præstandam metu pœnæ adstringatur, actus autem agentium ultra illorum intentionem non protenduntur, aut aliquid operantur. *l. 19. ff. de reb cred.* Secundò novatio propriè talis citra animum novandi fieri nequit, *l. 2. . 6. l. 8. §. 2. ff. de novat.* præsertim de Jure no-

vo, quo novatio non aliter fit, quàm si nominatim convenerit; *L. ult. Cod. de novat.* unde utrumque debetur, sed unum ex his solùm peti potest, *l. apud Celsum. 4. §. Labeo. 7. ff. de dol. mal. except. L. fin. ff. de V. O.* & quidem ante moram promissoris factum est in obligatione, si verò factum non fuit secutum, pœna peti poterit, *L. 71. ff. pro soc. L. 10. §. 1. ff. de pact.* Adam. Lautterbach *in disput. de pœn. conventionali* post alios à se citatos *thes. 46.* concedit creditori electionem, an ex priori obligatione ad factum, vel ex posteriori ad pœnam promissam agere lubeat, per *textus citat.* cui verò adstipulari planè non possum, siquidem electio regulariter est debitoris, & utrumque non videtur esse in obligatione, sed tantummodò in solutione.

72 Tertiò deficit stipulatio ex causa formali, si videlicet interrogatio, & responsio sint dissonæ. *§. 3. Inst. de inutil. stipulat. L. 1. §. 3. ff. hoc tit.* Ratio est evidens, cùm substantia stipulationis solidetur in præcedente interrogatione, & exinde subsecuta responsione, quæ adeò sunt strictæ interpretationis, ut nihil, nisi verbis expressum debeatur; *L. quidquid 99. ff. hoc tit.* non autem præcisè ex nudis verbis, sed potiùs ex re, & sententia verborum est ponderanda interrogationis & responsionis congruentia, quî igitur idem, quod interrogatus est, respondet, sat congruenter respondisse censetur, etsi eadem linguâ non sit usus, *§. 1. Inst. hoc tit.* cujus exempla prostant passim, quemadmodum *in L. quæ intrinsecus. 65. §. 1. ff. hi:* , ubi stipulanti denarios, ejusdem quantitatis aureos spondens obligatur, & in *L. 1. §. 2. eodem*, in qua talis figuratur casus: Titius e. g. interrogando ait, dabisne decem? cui promittendo respondet Mævius, quidni? nec enim necessum est, singula interrogantis verba repetere, prout ait Justinianus in verbis finalibus *§. 5. Inst. de inutil. stipulat.*

Potest autem contingere discordantia multivariè, & primò quidem circa ipsam rem, quando videlicet planè aliud respondetur, quàm quod quis interrogavit, velut, si stipuleris Sejum, & tibi promittitur Pamphilus, quo in casu nulla contrahitur obligatio. *§. præterea Inst. de inutil. stipulat.* ibi Vinn. Bachov. Harprecht. 2. contingere potest disconvenientia in quantitate alicujus rei in stipulationem evocatæ; exemplum est, si mihi stipulanti viginti, decem, aut vicissim stipulanti decem, viginti spondentur, in qua figura tota non vitiatur stipulatio, sed solùm quoad summam, interrogationem vel responsionem excedentem, per textum apertum *in L. 1. §. 4. Inst. de V. O.* Ratio datur ibi, quia manifestum est, minorem summam inesse majori. Idipsum tenendum in casu, quo stipulanti plures res simul, solùm repromittitur una, vel vicissim, si stipulanti 73

lanti

lanti unam plures promittuntur. *dict. l. 1. §. 5. ff. eod.*

74 Huic tamen resolutioni vehementer obstare videtur textus *in alleg. §. 5. Inst. de inutil. stipulat.* in quo pro exemplo non ritè subsecutæ responsionis, eum ipsum casum proponit Justinianus. At communis est responsio, illam distinctionem, quæ in *dict. l. 1. §. 4.* est interposita, & à me hactenus deducta, à Justiniano in sæpè adducto. §. esse omissam, quemadmodum sæpènumero in Institutionibus fieri assolet, plura quippe ex Pandectis supplenda veniunt, quæ in Institutionibus desiderantur, nec enim Imperatoris mens erat, aut principalis conscribendarum Institutionum finis, omnes percurrere exceptiones, sed solùm capita rerum attingere, amplioribus distinctionibus in alios libros rejectis, prout in terminis discurrit Franc. Duaren. *in dict. l. 1. §. 4. ff. de V. O.* Bachov. *in dict. §. 5. Inst. de inutil. stipulat.* Hun. *var. resolut. lib. 3. tract. 4. quæst. 7.* & plures relati ab Harprecht. *in cit. §. 5. Inst. eod. n. 4.* Nec adversatur secundò responsum Pomponij *in l. si decem 52. ff. locati.* asserentis: *Si tibi decem loco fundum, tu existimas quinque conducere, nihil agitur.* Quoniam, sicut à separatis nulla fit illatio, ita latum est discrimen stipulationem inter & locationem, hæc enim, utpote contractus onerosus, debet complecti congruam proportionem inter usum rei locatæ, & pensionem conventam, stipulatio enimverò fit gratis, adeóque sufficit, si obtinet, quod potest, eámque ob rem, qui decem stipulatur, quinque recusare non præsumitur, nisi stipulatio roborandi alterius contractûs gratia adjiceretur, tunc enim ejusdem naturam imitata quoque vitiaretur.

Tertiò dissident interrogatio & 75 responsio in qualitate, seu modo stipulandi, si quis videlicet interrogat absolutè, altero sub conditione, seu in diem respondente, aut vicissim, in quibus omnibus casibus nulla consurgit obligatio. *§. 5. Inst. de inutil. stipulat. l. 1. §. 3. ff. de V. O.* ibique Duarenus Vinn. Harprecht. in *dict. §. 5.* Signanter hic est subnotandum, quòd, si stipulanti, vel interroganti sub conditione, vel in diem, simpliciter atque indefinitè respondeatur, obligatio perinde nascatur, ac si omnia à respondente fuissent repetita, quoniam haud necesse est singula in responsione regerere, quæ in interrogatione erant complexa; *§. 5. Inst. cit. loc.* quoties igitur tacitè, seu expressè mutatur interrogationis qualitas, toties stipulatio inutilis evadit, contingit autem talis mutatio diversimodè, apponendo, vel detrahendo obligationi conditionem, velut si cui de Sejo solo interroganti spondetur vel Sejus, vel Pamphilus, sub conditione namque promittere censetur, si Sejũ dare nequeat, Pamphilum se daturũ, adeoque interrogationi puræ conditionalis succedit responsio; idem obtingit vice versâ, si mihi stipulanti

ti bovem vel equum, reponit promissor bovem, in qua contingentia detrahitur obligationi conditio. *dict. l. 1. §. 3. & l. inter 83. §. 2. ff. de V. O.* Donell. *ad l. scire ff. eodem* Gomez. *var. resolut. tom. 2. cap. 10. n. 4.*

76 Ex quibus præmissis alia subijci solita restat decurrenda quæstio, utrùm stipulatio impersonalis valeat? E.g. Titius interrogat Mævium, dabis mihi decem? Mævius reponit, dabitur, vel viciſſim. Multi in negativam inclinant cum Bartol. Jason. Zasio, & alijs *in l. stipulatio ista 38. ff. de V. O.* Ratio eorum est, quòd de essentia stipulationis sit respondere ad interrogata, *l. 1. ff. de V. O.* quod per responsionem impersonalem non fit, ergò nec stipulatio sortiri poterit vires; confirmant suam opinionem per Novell. *115. cap. 6. propè finem*, ubi Imperator Justinianus disertè constituit, pactum constitutorium, seu, ut absolutè vocant, constitutum impersonaliter conceptum, esse nullum, ergò à paritate rationis idipsum statuendum erit de stipulatione. Ast haud lubet his ratiunculis adstipulari, sed potiùs asserere cum Vinnio *in §. 5. Inst. de inutil. stip. n. ult.* Hun. *var. resolut. lib. 3. tract. 4. quæst. 12.* & pluribus relatis ab Harprecht. *in dict. §. n. 16.* talem stipulationem omni obligandi vi esse præmunitam; ratio fundatur in generalitate responsionis, quæ facilè ad interrogationem potest adaptari *arg. sæpè allegati §. 5. & l. si sine 9. §. 5. ff. de interrogation. in Jure faciend.* sicut ergò Rescripta ambigua interpretationem recipiunt à precibus impetrantium, *l. 1. Cod. de divers. rescript.* sic etiam generalitas responsionis referri potest ad specialem interrogationem. Unde prima in contrarium adducta ratio suomet cadit pondere. Ad secundam, & constitutionem adductæ Novellæ respondeo, latam esse disparitatem constitutum inter & stipulationem impersonalem, in priori enim non præcurrit prævia & solennis interrogatio, ob idque impersonalis responsio ad interrogationẽ, quemadmodum in stipulatione, per interpretationem redigi nequit.

Ultimò, & quidem principaliter 77
corruit stipulatio ex causa finali, si in tertiam confertur personam, ad hujus uberiorem intellectum notanter adverte, quatuor præcipuè modis stipulationem concipi; ac efformari posse. Primus modus est, quo quis sibi soli in tali figura stipulatur: *mihi centum dare spondes?* & hæc conceptio haud dubiè juxta ordinationem legis ritè formatur, ex qua partes obligantur. Secundus, si quis sibi & tertio mille, in qua figura olim quidem fuit dubitatum, an in totum, seu pro parte debeatur? posterius clarè decidit Justinianus *in §. 4. Inst. de inutil. stip.* & ante illum opinatus est Pomponius *in l. si mihi & 110. ff. de V. O.* ideoque talis stipulatio duntaxat in quingentos valet, ex subjecta ratione, quia hæc verborum figura hunc

adstruit sensum, ut dimidium stipulanti, alterum verò dimidium Titio non acquiratur, refragante Juris ratione, ob quam alij per alterum quæri obligatio nequit.

78 Tertius modus est, quo quis sibi vel alicui tertio stipulatur, quale exemplum proditur *in §. 4. Inst. de inutil. stipulat. & l. 7. §. 1. l. 8. ff. de constit. pecun. l. 55. & l. 56. §. 2. ff. de Verb. Ob. l. 59. ff. de solut.* alijsque passim occurrentibus textibus, in qua figura obligatio soli stipulanti acquiritur, tertiò solutionis tantummodò gratia adjectô, estque ad recipiendam solutionem adinstar Procuratoris ad negotia destinatus, ita quidem, ut promissor etiam invito stipulatore, solutioni adjecto solvere possit, seque per talem solutionem liberare, è diverso autem talis solutioni adjectus neutiquam compellere potest ad solutionem, ratio est, cum promissor solus nactus sit facultatem præstandi solutionem adjecto, huic autem nullum prorsus Jus est adnatum, quemadmodum ex prius allegatis textibus colligere licet: idque in tantum procedit, ut, etsi adjectus sit pupillus, absque tutoris authoritate etiam rectè solutio fiat, *l. 11. ff. de solut.* modò statum non mutaverit, si enim maximam, seu mediam capitis diminutionem passus, aut in arrogationem datus foret, minùs rectè ei ampliùs solveretur, tacitam quippe hæc stipulatio imbibit conditionem, si in eadem causa seu statu maneat, per textum litteralem *in l. 38. ff. de solut.* ex ulteriori subjecta ratione, quòd, si conditio adjecti in deterius sit mutata, mandatum revocatum esse præsumatur. Gloss. Castrens. Brunneman. *in cit. l.* ex qua communiter inferunt Authores, omnibus contractibus inesse hanc clausulam: *rebus sic stantibus.* Quod si igitur personæ extraneæ, seu potiùs adjecto facta sit solutio, concessa est actio Mandati stipulanti adversus solutionem recipientem. *cit. §. 5. Inst. de inutil. stipulat. & l. Julianus 131. §. 1. ff. hoc tit. l. quoties suas 98. §. 5. ff. de solut.* Ratio autem diversitatis est, cur solutio, non verò obligatio in personam extraneam possit conferri, cùm solutio sit facti, obligatio autem juris, quemadmodum sæpenumerò mentio est facta. Ultimus denique modus est, quo quis soli tertio e. g. Sempronio stipulatur, quæ concipiendi stipulationem forma est prorsus irrita. *§. 4. Inst. de inutil. stipulat.* Ratio redditur à Justiniano *in §. 19. Inst. eodem & l. 17. ff. de Verb. Obl.* quòd stipulationes, & obligationes adinventæ sint ad hoc, ut unusquisque sibi, quod interest, non alijs acquirat, id autem, quod alijs datur, non interest stipulantis.

Hæc tamen hactenus deducta varias admittunt exceptiones, & primò quidem in eo, qui Juris fictione eadem persona cum stipulatore habetur, ut filius respectu patris, servus respectu sui Domini, hæres respectu defuncti, ut enim ser- 79

servus domino, filius patri acquirit, *l. stipulatio §. alteri. & l. quodcunque 45. ff. hic*, ita paciscendo seu contrahendo hæredibus nostris acquirere possumus *dict. l. stipulatio §. sed si 12. ff. eodem*, & quidem in tantum, ut hæredibus solis possit fieri stipulatio. *l. unic. Cod. ut act. ab hæred. &c.* Altera exceptio hoc interponitur temperamento, ut, licèt alteri directa non possit acquiri actio, utilis tamen sæpè personæ etiam extraneæ quæratur, ut à tutore pupillo, ab actore civitati, à procuratore militi; his personis, sive veræ, sive fictæ sint, si illi, qui earum nomine negotiantur, stipulantur, utilis quæritur actio, *l. eum qui §. penult. ff. de constit. pecun. l. si pecuniam. ff. de reb. credit.* quibus adjungendi sunt Magistratus exigendo cautionem pupillo, à tutoribus, aut arrogato ab ipso arrogante, quod ipsum asserendum est de Notario tales cautiones exigente. *l. 1. §. Magistratus 11. & 15. ff. de Magistrat. conven. l. non aliter 18. ff. de adopt. l. 2. & 3. ff. rem pup. salv. fore.* Tertia exceptio est in Procuratore, qui tribus ex causis suo Domino utilem sortitur actionem. Primò, si stipuletur ex re Domini, modò mandato à Domino sit præmunitus, acquiritq; in hoc casu Domino etiam invito utilem actionem. *l. quod procurator 68.* ibique Gloss. *ff. de procuratoribus.* Secundò, si procurator Domino præsente stipulatur. *l. Si Procurator 79. ff. hoc tit.* Tertiò denique, quando Domini utilitas ita sibi deposcit, eo quòd res, seu patrimonium aliter salvum esse nequeat. *l. 1. & 2. ff. de Instit. act. l. damnum 18. §. ult. ff. de damn. infect. l. in omnibus 3. ff. de prætor. stipul.*

Quid autem conjecturandum sit de Notarijs, olim nomine servorum publicorum venientibus, an per stipulationem absentibus ante ratificationem aliquid consequantur; pariter non conveniunt Doctores. Affirmativam sententiam varij suadent textus, in specie *l. 2. & l. 4. ff. rem pupill. salv. fore l. non aliter 18. ff. de adopt. l. 1. Cod. eodem l. 1. §. exigere ff. de Magistrat. conveniend.* qui prolixam hujus quæstionis cupit expositionem, consulat Ant. Gabriel. Roman. *commun. conclus. tit. de verb. oblig. conclus. 10.* & plures relatos à Fachinæo *lib. 8. cap. 19.* Mihi inspectâ ponderatâque veritate theoricâ, videtur, nomine servi publici, de quo citatæ leges mentionem faciunt, subaudiri servum Reipublicæ, de quibus *tot. tit. Cod. de servis reipubl. manumit.* in eo verò equidē adhuc hodie fieri potest comparatio servorum publicorum cum nostri temporis Notarijs, quòd in stipulationibus Judicialibus, & prætorijs Notarij, quemadmodum servi publici olim, alijs acquirere possint, secùs verò in contractibus, siquidem Notarij nostri servis privatis, qui etiam ignorantibus antiquitùs acquirebant, nullo modo comparantur. Fachinæus *cit. loco.* hodie tamen, ubi-

ubique fermè consuetudo inolevit, ut Notarij quoque in Contractibus recipiant cautionem, haud immeritò tamen subsisto, utrùm ante ratificationem Jus aliquod eis suboriri queat, id enim tam à Jure, quàm consuetudine alienum esse videtur. Fachinæus *dict. loc. in fine.*

81 Quarta exceptio prioris Regulæ eo occurrit casu, quo stipulatio tertio facta annexum habet actum naturalem. Ex figuratione casûs res liquet: si videlicet depono apud Titium mille florenos, qui Sempronij sunt, atque stipulor, ut Sempronio restituantur, vel si alienos nummos ea lege alicui dedi, ut Domino restituantur, in his & alijs similibus casibus Domino utilis acquiritur actio. *L. 9. §. penult. ff. de reb. cre- dit. L. ita. 126. §. 2. ff. de Verb. obligat. L. si res §. penult. Cod. de exhibit. L. si ver. 6. Cod. de condict. indeb.* cui addi potest casus singularis *ex l. 45. ff. solut. matrimon. & l. 7. Cod. de pact. convent.* in quo favor cum pia causa concurrit, stipulatus enim erat Avus Maternus Nepti suæ in parentis sui potestate adhuc existenti dotem, promissor in hoc casu efficaciter obstringitur. Paul. Castrens. *in dict. l. 45. n. 4.* Anton. Faber. *lib. 13. conject. cap. 5.* addatur And. Kohl. *de pact. dotal. part. 1. n. 94.*

82 Inter alios, & quidem præter jam adductos infirmandæ stipulationis modos, est adjectio impossibilis Conditionis. *L. 1 § 11. ff. de ob. & act. l. si stipulor. 35. ff. de Verb. Ob.* Ratio fundamentalis est, quoniam ille, qui sub conditione aliquid promittit, priùs non vult obligari, quàm conditio evenit, si ergò constat, conditionem defecisse, nulla consurgit obligatio, nec quidquam gestum, seu promissum esse censetur, multò minùs si stipulatio, seu quivis alius Contractus sub Conditione impossibili, de qua antecedenter constat, eam evenire non posse, sit confectus. *l. 1. §. item 11. & l. non solùm 31. ff. de ob. & act. l. stipulor. 35. ff. de V. O.* Quare autem impossibilis conditio actus inter vivos irritet, ab actibus ultimæ voluntatis autē rejiciatur, est odiū disponentis, sicut enim turpia legata magis infamandi legatarij causâ relicta infringuntur, *l. turpia 54. ff. de legat. 1.* ibique Glossa, ita tales turpes, & impossibiles conditiones in odium disponentis rejiciuntur ab actibus ultimæ voluntatis.

83 His igitur pro majori facilitate præmissis, constat ex stipulatione duplicem oriri actionem; prima vocatur condictio certi, quando videlicet aliquid certum, seu res specifica & demonstrabilis in stipulationem est deducta, sicut patet ex *l. certi condictio ff. de reb. credit. &c. l. stipulationum 74. ff. de Verb. oblig.* ubi Zasius dicit, tunc esse stipulationem certi, quando quidditas & qualitas rei promissæ notoriè patescit; secunda appellatur in genere actio ex stipulatu, quæ competit, si incertum quid fuit promissum, dicitur autem hoc lo-

cô incertum, quando quid in genere est in stipulationem deductum, ex. gr. equus vel fundus non additô nomine demonstrativo, Brunnem. *in dict. l. 74. ff. de V. O.* aut si rei qualitas variat, quemadmodum si aliquot amphoræ boni vini sint promissæ, quoniam bonum vinum varios habet gradus. Cœterùm hæ actiones solùm quoad *certum* & *incertum* distant, in reliquis verò conveniunt, hinc eadem definitione describi possunt, quòd sint Actiones Civiles, personales, rei persecutoriæ, stricti juris, competentes stipulanti adversùs promittentem ad id, quod hujus contractùs nomine præstari debet, Schambogen *in §. 17. Instit. de Action.* causa earum remota est contractus verbalis, proxima est verborum obligatio.

84 Dantur 1. hæ actiones illis, quibus aliquid certum vel incertum est promissum, & eorum hæredibus; *l. stipulationum 2. §. ex his, & l. 85. ff. de V. O.* Hartprecht. *Instit. de V. O. §. 1. n. 93.* conceduntur 2. hæredi in illâ hæreditate succedenti, cujus servus eâ jacente est indefinitivè stipulatus, ex. gr. *dabis* &c. ratio est, quoniam, tametsi hæreditas repræsentet personam defuncti, *text. in princ. Instit. de stipulat. serv.* commodum tamen in eventum obtingit hæredi, qui mox à tempore mortis testatoris hæres fuisse fingitur; *l. 138. l. 139. ff. de Reg. Jur.* pariter si servus nominatim hæreditati est stipulatus, *l. 35. ff. de stipul. servor.* aut denique casu, quô stipulatus est hæredi futuro sub nomine appellativo, ei, qui ex testamento vel ab intestato est futurus hæres. *l. 28. §. fin ff. de stipulat. servor.* 3. impertiuntur creditoribus & horum hæredibus, pro quibus apud suos debitores per solennem stipulationem est interposita intercessio; 4. hæredibus impuberis arrogati, & exinde sine justâ causâ exhæredati, quibus arrogator expressè cavit, in casum illegitimæ exhæredationis se bona ab impubere allata restituturum. 5. omnibus illis, quibus per stipulationes Prætorias, vel Judiciales, dolum abfuturum, Judicio sisti, vel judicatum solvi, provisum est. Haersolte *de Action. part. 7. act. 5.* 6. pupillis & minoribus, queîs cautio est præstita, rem eorum salvam fore; vide Haersolte *cit. part. 7. act. 4.* dantur 7. hæredibus & cohæredibus, quibus præstituta est cautio ab illis, quibus legatum vel hæreditas sub conditione non faciendi est relicta. *l. 18. ff. de condit. & demonstrat.* vide meum Tractatum *de mod. succed. ex suprem. hom. volunt. art. 6. quæst. 5. n. 3.* postremò indultæ sint ei, cui præstita est cautio rem ratam haberi. *l. 2. l. si commissa ff. rem rat. haber.* Porrigitur hæc actio 1. adversùs promittentes, & horum hæredes, videatur Oldendorp. *de Action. class. 4. act. 28. n. 4.* sive dein Domino ipsi, sive ejus servo aut conservo, vel hære-

hæreditati jacenti fuerit stipulatum, per textus superiùs allatos; 2. datur contra fidejussores, & eorum hæredes, ex quacunque demùm causâ intercesserint, modò per stipulationem. Manz. *in tract. de fidejuss. cap. 6.* Lautterbach *ff. de fidejuss. §. 32.* 3. contra arrogantes impuberem, & horum hæredes, qui eô casu bona ad se allata se restituturos caverunt. §. *3. Instit. de adopt.* 4. adversùs illos, qui dolum malum abfuturum, judicio sisti, judicatum solvi, rem pupilli salvam fore, aut rem ratam haberi promiserunt. Lautterbach *ff. judic. solvi* §. 4. Petr. Myller. *in Struv. syntagm. jur. Civil. exercit. 47. thes. 109.* 5. contra legatarios, vel hæredes, quibus legatum vel hæreditas est relicta sub conditione non faciendi, si contra adjectam conditionem sit peccatum. *l. 18. ff. de condict. & demonstrat.*

Objectum hujus actionis est varium, datur enim ad id, quod in stipulationem deductum, quod si certum sit, erit condictio certi, *l. certi condictio ff. de reb. cred.* si autem incertum, vocabitur simpliciter Actio ex stipulatu, quemadmodum supra *n. 83.* assertum; ut autem res certa dicatur, sufficit, si per relationem possit certificari, nec enim indistinctè opus est, ut per se certa sit; *text. in l. ubi autem §. sed qui ff. de V. O.* Quoad tempus hæc actio, quemadmodum omnes Civiles, & rei persecutoriæ, durat perpetuò. 85

ACTIO

Furti.

SUMMARIUM.

1. *Adornatur Etymologia, & definitio* furti.
2. *Declaratur vocabulum* Contrectatio.
3. *Diluuntur objectiones.*
4. *Exponitur vocabulum* Rei.
5. *Utrum sola rei amotio arguat animum furandi?*
6. *Utrum Creditor rem sibi debitam auferendo furtum faciat?*
7. *Furtum debet fieri lucri faciendi gratia.*
8. *Qualiter furtum possessionis fieri debeat?*
9. *Solvitur objectio.*
10. *Explanantur ultima verba definitioni inserta.*
11. *Explicatur prima divisio furti in* manifestum *&* non manifestum.

12. *Deducuntur requisita ad furtum manifestum.*
13. *Tanguntur furti effectus.*
14. *Recensentur illi, quibus competit actio furti.*
15. *Assignatur ratio, cur non indistinctè detur commodatario?*
16. *Adstruitur ratio, cur actio commodati tollat actionem furti?*
17. *Adstruitur differentia, cur commodatarius id, quod est in actione furti consecutus, retinere possit, non aequè Creditor?*
18. *Quali bonae fidei possessori haec actio competat?*
19. *An fur, vel alius malae fidei possessor habeat actionem furti?*
20. *An depositario detur ob culpam?*
21. *Quid si culpam levem repromisit.*
22. *Datur haec adversùs fures, si sint plures, adversùs quemvis in solidum.*
23. *Exponitur objectum, seu id, quod persequitur haec actio.*
24. *Utrum actio furti competat pro re minima?*
25. *Qualiter olim furtum fuerit punitum?*
26. *Furtum hodie dividitur in magnum, & parvum.*
27. *Unde desumi debeat furtum esse magnum vel parvum, & quid nomine* solidi *veniat?*
28. *Quomodo puniatur secundâ, vel tertia vice iteratum?*
29. *Secundò dividitur furtum in simplex & qualificatum.*
30. *Utrum plures complices omnes paenâ laquei affici debeant, si facta divisione nullus aestimationem quinque solidorum accepit.*
31. *An rei furtivae aestimatio, seu lucrum à fure perceptum inspiciendum sit in ordine ad irrogandam paenam laquei?*
32. *An furta etiam ter iterata, si eorum aestimatio sit infra quinque solidos, indistinctè paenâ laquei coërceantur?*
33. *Mitiganda quoque venit paena, casu quo fur nunquam antecedenter est punitus.*
34. *An deposcatur effractio seditiosa ad paenam laquei?*
35. *Probatur affirmativa.*

1 Quemadmodum in priori Actione causa ejus remota instrumentalis, sive stipulatio, uberioris intellectûs gratiâ prolixiùs fuit deducta, ita quoque hujus secundae Actionis, quae Actio furti dicitur, titulum seu causam remotam fusiùs propter ejus varietatem exponere, & à nominis Etymologiâ auspicari placuit. Furtum à furvo seu nigro derivat Labeo *in l. 1. ff. de furt.* eò quòd plerumque nocturno tempore, seu in obscuro remotis arbitris committi solat, Justinianus verò *in §. 2. Inst. de obligat. quae ex delict. nasc.* quadruplicem ejus subjicit Etymologiam, quarum ea placet, quam diversae sectae Authores olim

olim amplexi fuerunt, nimirum furtum à ferendo esse dictum. Harprecht. *Inst. in dict.* §. *2. n. 2.* vide tamen Theodoric. *de crimin. cap. 2. aphoris. 1.* Furtum definitur *in l. 1. §. 3. ff. hic*, quòd sit *Contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratiâ, vel ipsius rei, vel etiam usûs ejus possessionisvè, quod lege naturali prohibitum est admittere.*

2 Ad hoc, ut hæc descriptio meliùs imbibatur, placet singula verba percurrere, & primò quidem locô ponitur vocabulũ *contrectatio*, quod, quatenus furtum, utpote ipsum factum, quo quis delinquit, denotat, officio generis fungitur, pluribus enim delictis contrectatio communis est, ut contrectatio pudicitiæ, contrectatio violenta, & alijs consimilibus. Et quidem ex natura vocabuli *contrectatio* sat ostenditur, Dominum esse invitum, accipitur enim illud in malam partem, prout patet ex *l. 3. §. 18. ff. de acquirend. possess. l. 7. ff. de sepulch. violat.* sola tamen contrectatio non dat formam huic delicto, ut in specie furtum appellari queat, sed præterea requiritur, ut propositum, & animum furandi habeat delinquens, si igitur alio fine quid amovet, e. g. animo veritatis supprimendæ instrumenta, aut libidinis gratiâ ancillam abducit, aut lasciviæ, vexationis, vel etiam injuriæ causa rem contrectat, non committit furtum, non enim factum, sed faciendi causa furtum facit. *l. 39. l. 53. ff. de furt. l. 16. in fine ff. ad Leg. Cornel. de fals.* Nec obstat textus *in l. 82. §. 2. ff. hic*, cùm sit intelligendus de illo, qui ancillam, non meretricem abducit, & tametsi ejus principale propositum fuerit libidinē explendi, secundarium tamen erat, lucrum consequendi, atque eam quoque in usus domesticos retinendi. Solo tamen furandi proposito seu etiam nudis verbis furtum non fit, unde si quis alienas ædes sit ingressus animo furandi, si tamen nihil abstulit, fur dici nequit. *l. 21. §. 7. ff. hic. l. 52. §. 19. ff. eod.*

Nec obstat superiùs dictis, quòd, 3
si conjux alteri conjugi, aut liberi parentibus quid surripiant, rem verè Domino invito contrectent, & tamen non teneantur actione furti: *l. 16. ff. hic. l. 1. & 2. ff. de act. rer. amot.* siquidem ex denegatione actionis furti haud legitimè infertur, furtum non esse commissum, quemadmodum patet *ex §. 12. Inst. de obligat. quæ ex delict. nasc.* in quo Imperator decidit, quandoque furtum fieri, quin tamen ex eo nascatur furti actio, cùm ex alijs negotijs inter tales personas oriatur actio; res tamen fit verè furtiva, & vitio afficitur, ut non nisi eo purgato præscribi possit, denegatur igitur actio partim ob legalem identitatem, partim ob honorem matrimonij. Haud absimile argumentum moveri potest *ex l. 68. ff. hic*, ubi rem ex hæreditate jacente submovens furto non obstringitur; id enim ideò con-

contingit, quia subtili jure nullus censetur esse possessor.

4 Altera vocula, quæ definitioni erat inserta, est *rei*, id est, alienæ, propriæ enim, cùm quivis sit rerum suarum moderator & arbiter, *l. 21. Cod. mandati*, nemo furtum facit, exceptâ ancilla fugiente, quæ sui, & partûs sui furtum facit. *l. 60. ff. hic.* Nec obstat *text. in l. 66. ff. eod.* ubi debitor rem quidem propriam, creditori tamen oppignoratam, surripiens actione furti tenetur; talis quippe non committit furtum rei, sed solummodo possessionis, vel usûs. Secundò debet esse res mobilis, & corporalis, *l. 25. ff. eod.* res namque immobilis contrectari nequit, contrectatio autem, sicut superiùs jam est attactum, debet esse versuta, & occulta, per quod distat à rapina, & invasione, quæ perpetratur per vim apertam & violentam.

5 Quo in passu exoritur dubium, utrùm in eo, qui rem alienam amovet, protinùs præsumatur furandi propositum. ℞. regulariter esse affirmandum, nisi aliæ circumstent præsumptiones fortiores, per quas præsumptio, & suspicio mali consilij elidatur, quemadmodum si accipiens sit integræ famæ, aut spectatæ fidei, & rem accipit modo quodam licito, & inter homines non insveto, prout solent opifices vicini, quandoq; ab officina alterius absentis instrumentũ, vel etiam materiã animo restituendi aufferentes, aut si Creditor rem sibi oppignoratã à debitore amovet, vel socius rem communem in proprios convertat usus, in his & alijs consimilibus casibus dolus non præsumitur, nisi persona aliunde sit suspecta. Gomez. *variar. resolut. tom. 3. cap. 5.* Bachov. *in Treutl. vol. 2. disput. 30. thes. 1. lit. E.* P. Haunold. *tom. 1. de Just. & Jure tract. 2. cap. 4. controvers. 1. n. 272.*

Alterum, quod occasione prioris succedit, dubium est, an Creditor aufferendo rem debitori committat furtum? Pro dubij faciliori resolutione dupliciter distinguendum esse arbitror. Vel creditor clam accipit rem debitam, seu quæ in specie est in obligatione, vel aliam, suâ saltem opinione debito æquivalentem; priori casu furtum non committit, quoniam non lucri faciendi, sed se indemnem conservandi gratiâ contrectat, nisi debitor legitimam detinendi causam habeat, veluti, si proprietarius rem surripit, in qua alter usumfructum habet, aut aufert rem à commodatario, in quam expensas fecit, utroque casu justam habet debitor retinendi causam, ergo creditor rem debitam amovendo actione furti tenetur; *l. 15. §. 1. & 2. ff. de furt.* pariformi distinctione est defendendus emptor rem sibi venditam propriâ occupans authoritate, vel enim jam exsolvit pretium, & tunc actione furti neutiquam pulsari potest, quia nullum persequitur injustum lucrum. Etsi hæc ita se habeant, in foro tamen politico, & externo judicio licita neu- 6

neutiquam sunt, qui enim rem sibi debitam absque authoritate Judiciali occupat, Jure crediti privatur. *l. exstat. 13. ff. quod metûs causa.* Videatur Bachov. *vol. 2. disput. 30. thes. 1. lit. E.* Quatenus verò posteriori casu furti notam abstergat, atque liceat tacitâ recompensatione uti, qualésque ad hanc deposcantur conditiones, nervosè tradit Molina *de Just. & Jure tract. 2. disputat. 691.*

7 Tertiò additur in definitione, *lucri faciendi gratiâ.* ideóque contrectatio pro suo fine lucrum habere debet, aliàs furtum dici nequit, quamquam etiam invito Domino fiat, si igitur singulariter contrectatione non compendium, sed aliud intentavit, furti non tenetur; *l. 1. §. 3. ff. hic.* quare qui testamenti tabulas obliteravit, si id fecit, ut fortè inde commodum, seu major pars hæreditatis accrescat, furtum omninò commisisse intelligitur, secùs si tantummodo ex lasciva, & petulanti alterum damnificandi causâ fecit, tunc enim actione legis Aquiliæ pulsandus venit, per text. apert. *in l. 41. §. 1. ff. ad Leg. Aquil.* quoties igitur damnum alienum, ad usum, & non propriam intendit utilitatem, toties actione furti conveniri non potest.

8 Quartò subjecta sunt verba: *vel etiam usus, possessionísve.* ex quibus patet, non modo rei, de qua fuit antecedenter assertum, sed & usûs & possessionis furtum fieri posse. Usûs autem furtum fit dupliciter, primò, si quis usum rei sibi arrogat, qui utendi Jure destituitur, quemadmodum depositarius, Creditor. Secundò, si quis equidem Jus utendi obtinet, sed excedit utendi præscriptam formam & modum, quemadmodum commodatarius, precarium accipiens, si re commodatâ longiore tempore utatur, vel ad alios usus contra datam fidem adhibeat. §. *6. Inst. de obligat. quæ ex delict. nasc. l. 5. §. 8. ff. commod. l. 40. ff. hic.* Possessionis verò furtum dicitur, si debitor rem pignori datam Creditori surripit, §. *10. Inst. eod.* etsi generaliter dici possit possessionem contrectari, quoties res quædam aufertur, id tamen neutiquam fit solius possessionis, seu seorsim sumptæ, sed concomitanter cum proprietate.

Dices: si usus & possessio tanquam res incorporales tangi & contrectari non possunt, tunc earum quoque furtum fieri nequit, siquidem ad hoc, ut furtum fiat, necesse est, ut corpus aliquod contrectetur. *l. 75. ff. hoc. tit.* At non adversatur oppositum, quamquam enim res incorporales tangi, & contrectari non possint, comminui tamen, & interverti cum alieno dispendio & præjudicio, atque proprio lucro possunt, prout liquet *ex l. 19. §. ult. & l. 66. ff. de furt.* ubi debitor rem nuda conventione alicui hypothecatam vendens furtum facit, ex ratione, cùm Jus, quod Creditor in re obtinet, intervertere affectet; minùs urget subjecta ratio ex *l. 75. ff.* 9

ff. hic, ea quippe solummodo probat, res incorporales non posse sine corporalibus tanquam adminiculis interverti, ex quo tamen haud sequitur, rei incorporalis furtum fieri non posse, siquidem res incorporalis occasione corporalis intervertitur, quin corporalis vitio furti afficiatur. Conferatur Theodoric. *in alleg. tract. ab. 2. aphoris. 1.*

10 Terminant definitionem verba: *quod lege naturali prohibitum est admittere.* quæ verba declarant naturam furti; adversatur enim vel maximè Juri Naturæ furtum, utpote per quod distinctio dominiorum de Jure Naturæ, vel saltem juxta aliquos de Jure gentium introducta evertitur, atque quis cum alterius jactura locupletatur, præterquam quòd naturale sit omnium gentium præceptum, ut suum cuique tribuatur. *§. 3. Inst. de Just. & Jure. l. 10. §. 1. ff. eod.* Nec adversantur partim exempla, quibus apud diversas gentes furtum non fuisse damnatum, sed permissum, ostendere conantur, sicut attestatur post alios à se citatos allegat. Theodoric. *d. cit. aphoris. 1. à n. 6.* partim quòd furtum non omni tempore fuerit prohibitum, sed primùm in res prohibitas referri cœperit, postquam mei, & tui discretio fuit inducta; quoniam, quemadmodum non est argumentandum ab ijs, quæ fiunt, & præsertim à reprobatis moribus, aut promiscuis gentium factis, sed ab illis, quæ naturali ratione, & lumine nituntur, adeóque fieri deberent, aliàs nescio, quæ absurdissima enascerentur, ita aliud est, actum aliquem omni tempore fuisse prohibitum, & aliud, omni tempore fieri potuisse; furtum semper, & indistinctè fuit prohibitum, sed mox sub exordio rerum, & in statu, quo omnia erant communia, ex defectu materiæ committi non potuit, sicut nec incestus, adulterium, vel parricidium, & similia crimina, antequam primi parentes liberos sint consecuti, atque consanguinitas exorta.

Descriptâ expositâque naturâ, & substantiâ furti, ejusdem divisiones veniunt perstringendæ, & tametsi variæ possint adstrui divisiones, unicam hoc loco proponam, cæteris inferiùs, & ubi de accusatione criminali furti sermo erit, rejectis. Dividitur ergò furtum in manifestum, & non manifestum, *prius* est, quando fur in flagranti, vel saltem antequam rem ablatam in locum destinatum perferret, deprehenditur. *l. 2. l. 3. 4. & 5. ff. hic.* Theodoric. in *cit. tract. c. 2. aphori. 2.* Harprecht. *in §. 3. Inst. de Obligat. quæ ex delict. nasc. à n. 2.* Brunnemann. *in l. 3. ff. de furtis.* Posterius, quando fur rem surreptam ad locum, ad quem destinaverat, deportavit, quin deprehenderetur: *l. 5. l. 6. ff. eod.* ex quibus liquet furem manifestum appellari, qui vel in ipso facto deprehenditur, vel secundò in loco, seu ædibus, in quibus furtum commisit, aut denique tertiò etiam extra ædes, in lo- 11

co publico, vel privato cum re ablatâ, antequam pervenit ad locum destinatum. dict. *l. 5. ff. hic.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 19.*

12 Porrò, an sola visio absque acclamatione, & insecutione sufficiat ad furtum manifestum, non est concors DD. sententia. Mihi placet negativa, quæ haud obscurè deducitur *ex l. 7. §. 1. ff. hoc. tit.* in verbis: *Etsi vidisti furtum fieri, attamen non est manifestum*: ergò necessariò deposcitur acclamatio, vel accursus; quod confirmatur ex verbis *§. 2. cit. l. 7. Si cùm vidisset eum surripientem, & ad deprehendendum accurrisset, abjecto furto aufugit, furem manifestum esse.* Ea propter, si Dominus, cui furtum fit, vidit furtũ fieri, non autẽ acclamavit, vel insecutus est, fur verò interea, ne occidatur, in ædibus se abscondit, non est furtum manifestum. Videatur Petr. Myller. *in Struv. Synt. Jur. civ. exercit. 48. thes. 19* Wisenbach. *ad Inst. disput. 41. thes. 8* Cujac. *l. b. 11. obs. 38.* Hodie à Curijs, & Judicijs exterminatam esse hanc divisionẽ, multi cum Obrecht. *disput. 30. thes. 16.* statuunt, rationẽ que subjiciunt, tũ, quòd hodie non ampliùs ad ordinariam, sed plerumque ad extraordinariam pœnam ex furto agatur, *l. ult. ff. hoc tit.* tum etiam, quia hodie fur manifestus, & non manifestus æquali plectuntur pœnâ. At verior est negativa, subservit enim & de moribus ad mitigandam, vel exasperandam pœnam, velut desumitur ex ipsâ Carolina *art. 157.* in verbis: öffentlicher oder haimblicher Diebstall. Treutl. *vol. 2. disput. 30. thes. 1. in fine* Theodoric. *dict. tract. cap. 2. aphoris. 2. in fine.* Myller. *dict. loco.*

Enodatis breviter definitione, naturâ, ac divisione furti, in ejusdem effectus quoque inquirendum venit, est autem vel proximus, videlicet obligatio, vel remotus, videlicet Actio ex hac obligatione immediatè prognata, quæ vel Civilis, vel Prætoria, prout ex furto manifesto, vel non manifesto ortum habet, describique potest, quòd sit Actio personalis Civilis (vel si ex furto manifesto, Prætoria) merè pœnalis, competens ei, cujus interest, rem subreptam non esse, adversùs furem ad pœnam dupli, vel quadrupli. Causa ejus remota est furtum, proxima obligatio. Dictum est dari ei, cujus interest furtum non esse factum, interesse autem debet vel ratione Juris realis, ut dominij, possessionis, aut pignoris, vel usus interversi, aut custodiæ præstandæ, *§. 13. Inst. de oblig at. quæ ex delict. nascunt.* præterea debet interesse ratione damni emergentis, non lucri cessantis, *l. 71. ff. de furtis*, atque ex causa honesta. *l. 11. ff. eodem.* 13

Ex qua generali regula deducitur primò, dari hanc actionem Domino rei ablatæ, siquidem ratione Dominij ejus interest, si eam possideat, secùs si tertius eam possideat, vel detineat, tunc enim Domino non conceditur Actio furti, nisi casu, quo 14

possessor vel detentor solvendo non est, vel citra ejus culpam res submota sit. §. *15. Inst. de obligat. quæ ex delict. nasc. l. 12. l. 14. §. 6. ff. de furtis.* Deducitur secundò, dari hanc Actionem creditori, cui pignus est ablatum, sive dein ab extraneo, sive ipso debitore sit subreptum; §. *unde constat. 14. Inst. de oblig at. quæ ex delict. nasc.* diverso tamen modo æstimatio rei ablatæ determinatur, contra extraneum simpliciter, quanti res pignori supposita valet, adversùs debitorem verò, quanti est debitum, quoniam pluris non interest. *l. 17. l. 87. ff. hic.* Deducitur tertiò, competere Actionem furti Conductori, seu fulloni, qui polienda vestimenta recepit, notato tamen superiùs jam adducto discrimine, si sit solvendo, vel res ejus culpâ ablata fuerit.

15 Circa Commodatarium adverte, quòd, tametsi ejus æquè vel pluris intersit, quàm Conductoris, quia ille & levissimam in re commodata præstare tenetur culpam, adeóque juxta rationem juris vel maximè ei danda foret actio furti, quemadmodum etiam inspecto Jure antiquo Digestorum concessa erat, *l. 5. l. 14. ff. hic.* hodie tamen Justinianus *in l. 22. §. 1. Cod. de furt.* Domino rei commodatæ liberum largitus sit arbitrium, utrum ratione furti contra furem, vel commodati contra commodatarium agere malit, unâ tamen per litis contestationem electâ, ab alterâ excluditur. *dict. §. 1. cit. l. 22. Cod. eod.* Rationem differentiæ Conductorem inter, & Commodatariū, quòd illi indistinctè tribuatur Actio furti, huic verò minùs, adstruit Giphan. Sichard. & alij, quia Commodatarius nullam præstat mercedem, ergò nec queri debet, si exinde nullum ferat lucrum.

Dices: si Actio pœnalis, & rei persecutoria concurrunt, neutra absorbetur, sed utráque agi potest, quemadmodū patet ex actione furti, quæ condictionem furtivam non tollit, nec vicissim: *l. 7. §. 1. ff. de condict. furt. L. 45. ff. pro socio.* ergò, licet Dominus elegerit actionem furti adversùs furem, haud tamen arcebitur, quin quoque adversùs commodatarium agere queat. ℞. eam regulam solummodo eo casu allegari posse, quo actio rei persecutoria, & pœnalis adversùs eandem personam intentantur, secùs si contra diversas, id enim liquet quoque *ex L. 3. §. ult. ff. Naut. Caupon. &c.* ubi quæstio proponitur, an actione de recepto ex quasi contractu ortâ, simul actione furti agi possit? & respondet Ulpianus, alterutrâ contentum esse debere. 16

17 Alterum in hac Materia dubium occurrit, utrùm Commodatarius lucrum, quod per actionem furti consecutus est, commodanti, seu Domino restituere teneatur? Negativam decidit Justinianus in sæpè *cit. l. 22. §. 3. Cod. de furt.* & constituit, ut, quidquid pœnæ nomine à fure est adeptus Commodatarius, retinere queat, cujus rationem subjicit in ver-

verbis finalibus: *ubi enim periculū, ibi & lucrū collocetur*. Commodatarius enim ad instar Conductoris suo agit periculo, inde quemadmodum iste pœnam lucratur, *l. 6. ff. locati*, ita & ille. Nec adversatur, quòd creditor pignore subrepto, quidquid per actionem furti pœnæ nomine est sortitus, sibi ut præcipuū non possit retinere, sed vel debitori debeat restituere, vel in sortem imputare. *l. 22. ff. de pignorat. act.* Ratio est, quoniam Jura noluerunt, ut Creditor aliam, quàm debiti securitatem, ex pignore speret utilitatem, Commodatarius autem, & Conductor usum quoque rei habent, ergò saltem ex hac parte obtinent utilitatem, præterquam quòd Conductor mercedem, & commodatarius quoque culpam levissimam præstare debeant, ob idque etiam pinguiora sint his Jura impertita, ubi tamen *ex cit. l. 22. ff. de pignorat. act.* notanter est advertendum, quòd, licet Creditor eo casu, quo ab extraneo pignus amovente pœnam est consecutus, teneatur imputare in sortem, vel debitori restituere, non ad hoc adstringatur, si ipse debitor pignus furtivè submovit, & à Creditore actione furti conventus pœnam exsolvit, aliàs enim furtum debitoris foret impunitum, si videlicet, quod pœnæ nomine præstitit, reciperet, idque foret adversùs generalem Regulam in *l. 46. ff. de Reg. Jur.* ubi dicitur: *quod à quoquo pœnæ nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur.*

Tertiò est dubium, an Actio furti impertiatur quoque bonæ fidei possessori? At nota distinctio dubium declarat, vel enim assecutus est titulo lucrativo, e. g. donationis, vel pro hærede, tunc actio furti ei non competit, ratio est, quoniam, sicut superiùs jam mentio facta est, interesse debet non lucri cessantis, sed damni emergentis; *l. 71. §. 1. ff. hic.* quòd si verò rem titulo oneroso possidet, haud dubiè ei actio furti competit: *l. 12. §. 1. l. 14. ff. hic.* quòd si quis rem bona fide emit, antequam ejus traditio facta est, actio furti tali emptori non indulgetur, ratio est, siquidem venditor adhuc ex propria culpa adstringitur, adeóque ipse vel actione furti agere, vel eam emptori cedere poterit, si verò quid per actioné furti est consecutus, id emptori protinus cedere debet, sicut in terminis respondet Ulpianus in *l. 14. ff. hic.* 18

Quartò dubitatur de fure, vel alio malæ fidei possessore, quando, seu quo casu actionem furti sortiri queat? Resp. in genere certum est, quòd fur, vel etiam alius malæ fidei possessor, qui furtum vel dolum in re admisit, actionem furti habere nequeat, nemo enim ex improbitate sua actionem consequi potest, *l. 11. l. 12. §. 1. l. 14. §. 3. & l. 76. ff. hic.* & tametsi eorum quoque interesse possit, haud tamen sufficit interesse ex quavis causa resultans, sed debet interesse ex causa justa & honesta ortum habere. *d. l. 11.* 19

11.ff.hîc. in uno alteróve casu verò, ubi tanquam Conductoris, seu commodatarij modum & usum præscriptum excedentis interest, quale exemplum Ulpianus *in l. 48. §. 4. ff. hoc. tit.* præstituit, quo ego tibi polienda vestimenta locavi, Tu me insçio Titio commodavisti, Titio verò sublata sunt, tibi competit furti actio, siquidem custodiam præstare debes, & mihi adversus te, cùm non debuisses in alium usum transferre. Pari modo, si debitor rem pignori traditam Creditori surripit, atque debitori denuò alius extraneus, uterque, & creditor, & debitor habet actionem furti adversùs extraneum, quia utriusque interest rem non esse sublatam. *l. 12. §. ult. ff. hic.* Non tamen hoc casu tenetur actione furti debitor, sufficit enim creditori, habere actionem furti adversùs extraneum, & quod per eam consequitur, habere præcipuum, neque enim in hoc casu lucrum per actionem furti obtentum in sortem imputare, aut debitori restituere tenetur. Conferatur Cujac. *obs. lib. 16. cap. 30.*

20 Ultimum dubium circa subjectum activum hujus actionis est, utrum actio furti sit indulgenda depositario, quandò culpâ ipsius latâ res deposita furto est amota? & dubitandi ratio desumitur à paritate comissi doli; si enim dolo depositarij res est sublata, nullá utiq; consequitur actionem ex suo dolo, *§. sed is, apud quē. Inst. de obligat. quæ ex delict. nasc. l. 14. §. Is autē. ff. hoc. tit.* si igitur ex dolo non sortitur actionē, nec sortietur ex culpâ latâ, quæ in Contractibus æquiparatur dolo. *l. 55. ff. de Obl. & Act. l. 29. ff. mandati. l. 7. §. 1. ff. de suspect. tutor. l. 8. §. 3. ff. de precar.* Mihi videtur cum Bartol. *in l. 14. §. 3. ff. hic.* & Bach. *in §. 17. Inst. de oblig at. quæ ex delict. nasc.* Ludov. Molina *de Just. & Jur. disput. 696. n. 12.* in concursu Domini, & Depositarij culpa lata dolo æquiparari, adeò ut, si Dominus paratus sit agere adversùs furem, depositarius agere nequeat: si verò Dominus sibi elegerit Actionem depositi contra depositarium, tunc culpam latam tanquam minus odiosam dolo non æquiparari, sed depositario hæc actio furti danda est, ratio est, cùm aliàs culpa lata æquipararetur dolo in favorem furis, & furtum maneret impunitum, quod haud dubiè non est admittendum, quo collimant verba finalia *l. 2. §. 23. ff. de vi bonor. raptorum.*

Aliter statuendum erit cum allegato Bachov. *in cit. §.* eo casu, quo depositarius vel ultrò, vel ob promissum acceptúmve honorarium, culpam quoque levem in re deposita præstat; etsi enim ejus intersit non secùs, ac Conductoris, per consequens Actio furti concedenda videatur, tamen contrarium respondet Ulpianus *in L. 2. § 24. ff. de vi bonor. rapt.* ubi apertè exemplum ostendit citatus JCtus, quo cessante actione furti locum sibi vendicat 21

cat

cat actio vi bonorum raptorum, quemadmodum vel obiter tenorem illius §. legenti liquet. At dices: si depositario tribuitur actio furti ob culpam latam, multò magis ob culpam levem. Resp. quando asseritur habere actionem furti, qui rei periculum sustinet, in eo est subaudiendum sensu, si sustinet rei periculum ex naturâ ordinariâ negotij, seu contractûs, non verò, si per accidens hoc fiat; etsi enim pacta in continenti contractibus adjecta eós informare dicantur, quoad connexa haud tamen efficere queunt, ut actio planè separata inde nascatur. Vide Bachov. *cit. loco.*

22 Subjectum passivum hujus actionis sunt personæ, adversùs quas hæc actio competit, datur verò contra illos, qui actu, vel auxilio, Consilióve furati sunt. Videatur Wilenbach. *in l. 53. ff. de V. S.* Contra hæredes verò furis neutiquam porrigitur, cùm sit merè pœnalis, nisi lis cum defuncto jam sit contestata. *l. 139. l. 164. ff. de Reg. Jur.* Si plures eandem rem contrectaverunt, etsi eorum dispar fuerit opera, singuli tamen in solidum hac actione pulsantur, nec uno solvente, cæteri liberantur. *l. 21. §. 9. ff. hoc. tit.*

23 Porrò objectum hujus actionis est Materia, quam hæc actio persequitur: datur verò ad duplum, vel quadruplum, prout nimirùm furtum est vel manifestum, vel non manifestum, observato tamen discrimine, utrùm res ipsa sit contrectata, an verò solùm usus vel possessio interversa. Priori casu duplicatur vel quadruplicatur æstimatio rei, posteriori verò casu tantummodo interesse, eapropter si Domino, vel Conductori, seu Commodatario res fuit sublata, duplicatur pretium rei. *l. 74. ff. hic.* Ratio est, quia & hi actione locati, vel commodati conventi, totam tenentur præstare æstimationem, adeóque res tota eis subrepta censetur. Si autem bonæ fidei possessori, vel usufructuario furtum fiat, solummodo duplicatur possessionis fructuum æstimatio, siquidem his proprietas abesse non censetur, per ea, quæ respondent Ulpianus & Javolenus in *l. 46. §. 1. & l. 74. ff. de furt.* haud absimilis est interponenda distinctio, si Creditori furtum rei oppignoratæ est factum, si enim debitor amovit, duntaxat summa pecuniæ, & usurarum duplicatur, vel quadruplicatur, *l. 87. ff. hic*, secùs si ab extraneo furtum rei oppignoratæ fuit factum. *l. 15. ff. eodem.*

Alia circa objectum hujus actionis suboritur quæstio, utrùm actio furti moveri queat, etiam ob rem minimam? Negativa suadetur, partim quòd adversetur æquitati, ut ob furtum rei minimæ fama sugilletur, partim quia minima in Jure non curantur, *l. 4. ff. de in integr. restit. l. 54. ff. de contrah. empt.* partim denique, quòd actio doli ob rem, seu læsionem minimam non concedatur. At affirmativa est verior, corroboratúrque ex §. *16. Inst. de rer. divis.* ubi furtum facere di- 24

citur, qui gallinam aufert, constat autem gallinam in numerum rerum exiguarum referri. *Nov. 69. cap. 1.* Argumenta in adversum adducta facilè corruunt, primum enim refutatur per text. *in princ. Inst. de vi bonor. rapt.* per quam fama magis, quam per actionem furti in discrimen detruditur. Ad secundum respondeo, minima quidem in jure non attendi in ordine, ut detur aliquod remedium extraordinarium, in ordine verò, ut remedio ordinario peti possint, indistinctè curantur, ac proinde, cùm actio doli sit remedium extraordinarium, non tam facilè pro re minima conceditur, ac actio furti ordinaria. Videatur Wisenbach. *ad Pandect. ad lib. 47. disput. 29. thes. 1. n. 15.* Bachov. *in Treutl. vol. 1. disput. 11. thes. 2. lit. D.* Licèt autem actio furti manifesti sit pœnalis Prætoria, contra naturam tamen similium actionum perpetua est, text. *in princ. Instit. de perpet. & temporal. action.* cujus singularitatis ratio est odium furum.

25 Quòd ex quovis delicto & Civiliter & Criminaliter agi possit, liquet tum *ex l. ult. ff. de delict. privat.* tum ex *l. 3. §. 2. ff. de bon. eor. qui ante Sent.* tum denique ex *l. ult. ff. hoc. tit.* Cùm igitur in antecedentibus pauca quædam proposita sint, qualiter ex furto agatur civiliter, juxta ordinis rationem subjiciendum venit, quomodo criminaliter in fures sit animadvertendum. Si historiarum monumenta percurris, invenies, variè hoc furtum fuisse punitum, & quidem ex l. 12. Tab. in specie ex tabulâ secundâ fur manifestus, si homo liber, verberabatur, addicique jubebatur ei, cui furtum erat factum, servus autem verberibus cæsus è saxo dejiciebatur, successu tamen temporis deflexit in pœnam arbitrariam. *cit. l. ult. ff. hic.* hodie Constitutio Carolina majore asperitate prosequitur fures, varióque pœnarum genere in eos animadvertit.

Pro cujus uberiori intellectu, & 26
receptâ puniendi praxi ulteriores sunt annotandæ furti divisiones, quarum prima est in furtum parvum & furtum magnum; Furtum parvum est, cujus æstimatio quinque solidos non adæquat; furtum hoc simplex & parvum, si fur est solvendo, pœnâ dupli mulctatur, *Carolina pœnal. art. 157.* si autem fur non existit solvendo, carcere punitur, quòd si verò furtum quidem sit parvum, & simplex, manifestum tamen, non unò persona honesta, in qua emendationis spes affulget, & vilis punitur modô, prior ad quadruplum condemnatur, si existit solvendo, secùs carcere ad arbitrium Judicis castigatur, posterior ad numellas exposita, virgísque cæsa territorio eliminatur. *Carolina pœnal. art. 158.*

Quòd si autem furtum sit ma- 27
gnum, excedens quinq; solidos, ubi pro meliori intellectu adverte, solidos seu florenos alios esse Rhenanos, quorum singuli 60. crucigeris

vel

vel 15. paceis constant, alios aureos, seu Ungaricos, atque in hac materia pœnali comuni DD. suffragiô, nomine floreni Ungaricum intelligi, Math. Wesenbec. *ff. de furt. n. 15.* Stephan. *in notis ad Carolin. pœnal. art. 160.* & si fortè eorum augeatur valor, semper juxta augmentum valoris accipiendos esse. Hujus furti pœna, si sit primum & simplex, est arbitraria, & adhibito consilio prudentûm Judex pro modo admissi pœnam mitigare, seu exasperare potest, nec tamen facilè ad pœnam capitalem descendere debet. *cit.* Carolin. *pœnal. artic. 160.* ibi Blumlacher. Quo in passu ulteriùs est notandum, quòd, an furtum sit magnum, vel parvum, tam pretij rei furtivæ, quàm & aliarum circumstantiarum habenda sit ratio; sæpissime enim furtum dicitur magnum, enorme, etsi ratione quantitatis planè modicum sit, Menoch. *de arbitrar. Judic. lib. 2. cons. 295. in fine* Math. Berlich. *pract. conclus. 43. n. 43.* unde in magna referendum est furta, si quis homini inopiâ presso oviculam, porcellum, aliámve rem modici valoris, ei summê necessariam, subtraxit, aut Doctori Codicem longo jam tempore lectum, atque memoriæ locali præprimis deservientem. Arg. Carolin. pœn. *Art. 160.* Boccer. *de furt. cap. 1. n. 66.* Præter has circumstantias quoque considerandæ veniunt aliæ, utrùm furtum sit commissum ex necessitate famis, aut cupidô, fraudulentóque furandi animo, ob idque & calliditas, vel simplicitas furantis, vel quoque & præcipuè irradicata consuetudo ponderanda est, ex parte verò, utrùm panem, potumvè, aliásque res ad esum, potum, vel vestimenta necessarias sit furatus, vel alias, quæ asservationi sunt destinatæ.

Ob furtum secundum, seu iteratum, si ejus summa infra quinque solidos consistit, fur ad numellas expositus territorio exterminatur, Carolin. pœnal. *Artic. 161.* si autem quinque solidos excedat, pœna est exasperanda, juxta arbitrium Judicis. Tertium autem furtum indistinctè pœnâ cipitali punitur, & masculus quidem laqueo, fœmina autem aquâ mergitur. Carolin. pœnal. *Art. 162.* 28

Ultima divisio est, quòd furtum aliud sit simplex, & aliud qualificatum, prius est, quod nullum crimen aggravans conjunctum habet, posterius, quod aliud crimen, seu circumstantiam aggravantem connexam habet, quemadmodum loci sacri violationem, aut rei Sacræ contrectationem, aut violentam effractionem repagulorum, serarúmque, aut omninò vim publicam, in quem furem pœnâ corporis afflictivâ solet animadverti vel capitali, vel pro norma circumstantiarum mitiori. Carolin. pœnal. *art. 159.* Etsi verò hæc in genere ita se habeant, in specie tamen variæ exardescunt circa pœnâ furibus infligendam controversiæ, ex quibus unam, al- 29

alterámve diſcutere lubet.

30 Primum ergò oritur dubium, utrùm, quandò plures complices furtum perpetrârunt, cujus ſumma equidem quinque exſuperat ſolidos, diviſione tamen æqualiter facta nullus eorum æſtimationem quinque ſolidorum nactus eſt, omnes pœna laquei ſint puniendi? Affirmativa opinio ſolidari poteſt à paritate eorum, qui doloſum commiſerunt homicidium, ex his, ſi unus citiùs altero fuerit deprehenſus, atque pœna legis Corneliæ punitus, alter per irrogationem pœnæ uni factæ, non liberatur; *l. 11. §. 2. ff. ad Leg. Aquil.* pariter quando plures album Prætoris corruperunt, unus pœnam præſtitutam ſolvendo, cæteros non liberat. *l. 7. §. final. & l. 8. ff. de Juriſdict.* Sed non videtur eſſe paritas, etſi enim delinquentes regulariter omnes in ſolidum teneantur, quando agitur ad pœnam pecuniariam, ſecùs tamen eſt in criminibus, in quibus pœna corporalis, ſeu capitalis imponitur, in his enim factum uniuscujusque, quantum quis ad delictum contulit, eſt conſiderandum. *l. final. ff. ad Leg. Cornel. de Sicar.* Secundò, licet admitteretur paritas, ſiquidem tot ſunt pœnæ, quot delinquentium ſunt perſonæ, *l. ſemper 15. §. 2. ff. quod vi aut clam.* non tamen concludit ejus ratio, quia, ſicut ad pœnam homicidij ſufficit, ſi plures occiderint, ita ad pœnam laquei requiritur, ut quilibet valorem quinque Ungaricorum aſſecutus ſit. Ideóque in tali caſu omnes fuſtigati potiùs relegari debent, Carpz. *pract. rer. criminal. part. 2. quæſt. 78. à n. 38,* Berlich. *part. 5. concluſ. 43. n. 121.* quæ opinio toties defenditur, quoties factâ æqualiter diviſione nullus valorem quinque Ungaricorum foret ſortitus, etſi per accidens per inæqualem diviſionem unus plus, minus verò alter eſt conſecutus.

Alterum dubium eſt, num rei 31 furto ſublatæ æſtimatio, vel lucrum à fure ex re diſtractâ perceptum, in ordine ad pœnam laquei irrogandam ſit conſiderandum, e. g. ſi res, cujus æſtimatio quinque Ungaricos longè exſuperat, ſit ſubtracta, contrectans autem ſolummodo tribus aut quatuor Ungaricis eam vendidit? In qua contingentia dubium tollit *Carolin. pœnal. art. 160.* in verb. und in ſolchen Fällen muß man anſehen den Werth des Diebſtals. ex quibus haud dubiè liquet, rei furtivæ æſtimationem eſſe inſpiciendam, neglectum enim à fure lucrum ei prodeſſe nequit.

Dubitatur tertiò, utrum furtum 32 ter iteratum, ſeu tertium furtum coërceatur pœnâ ordinariâ laquei, ſi rerum ſublatarum æſtimatio valorem quinque ſolidorum non adæquet? Voco autem tria furta, quæ diverſis temporibus in diverſis rebus ſunt perpetrata, non autem ſi fur pro rebus ſingulis ex aliquo acervo ſæpe aliquod ingreſſus ſit conclave. Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. theſ. 21.* certum mihi

vi-

videtur de Constitutione Carolina *art. 162.* nihil planè referre, num tria furta in se considerata seorsim sint parva, atque pro singulis pœna mortis possit irrogari, vel non, siquidem indistinctè absque exceptione seu moderamine loquitur, nec tam hanc furti quantitatem, quàm iterationem respicit; delictum enim plus gravatur ex frequentia, quàm magnitudine rei subtractæ. videatur Bocer. *de furt. cap. 1. n. 159.* Mascard. *de probat. vol. 2. conclus. 838.* Theodoric. *de crimin. cap. 2. n. 40.* Etsi hæc opinio citatæ Carolinæ Constitutioni sit conformis, nimium tamen fovet rigorem, propterea in judicando vix amplectenda, prout tenet. cit. Struv. *allegat. loco.* ubi ait, in varijs Facultatibus, & etiam Scabinatibus quotidie observari, cui adstipulatur Carpz. *part. 4. constit. 32. definit. 5.*

33 Pari temperie mitigandus est rigor prædictæ Carolinæ eo casu, quo quis tertium commisit furtum, & ob priora duo nullâ fuit affectus pœnâ; si enim tenor dictæ Constitutionis respiciatur, pœna laquei dictari potest, sive semel sit correctus, sive non: æquius tamen est, ut, si propter antecedentia furta nullam sustinuit pœnam, pœna laquei ei non irrogetur. Ratio est, quia pœna laquei tertio furto ideò videtur esse præstituta, quia iteratio, non frequentia incorrigibilitatem arguit, quemadmodum autem non rectè dicendus est incorrigibilis, qui numquam fuit correctus, ita tunc emendationis spes est conclamata, quando semel iterúmque fur dictam est aspernatus pœnam. Consulatur post Anton. Math. *tract. de crimin. tit. de furt. cap. 3.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 21.* Ex quibus liquet, quòd, etsi primum & secundum furtum condignâ sit affectum pœnâ, neutiquam tamen absolutè, & in eum finem sint abolita, ut tertium quasi primum pœnâ ordinariâ puniri nequeat, sed per tertium vires quasi reassumunt, & incorrigibilitatem demonstrant, ob idque vehementiùs in furem venit animadvertendum; idem est vel maximè dicendum, si Princeps priora duo per gratiam remisit, præ cæteris enim incorrigibilis existit, qui clementiam Principis contemnit.

Quartum dubium enascitur circa effractionem *ex art. 159.* sæpe cit. Carolin. qualis videlicet requiratur effractio, ut furi ob primum furtum pœna laquei dictari possit, alij enim deposcunt effractionem violentam, seditiosam, & pacis publicæ turbativam, alij autem qualemcunque sufficere contendunt. Si mens & intentio Carolinæ consideratur, planè sufficere videtur quævis ascensio, vel effractio, etsi non sit violenta, e. g. si horreum, aut stabulum fur effregerit, ædes rusticas ex limo formatas securi, aut alio ad id idoneo instrumento ruperit, vel fenestras ejecerit, tales enim effractiones, seu ascensiones fieri possunt absque periculo timendæ seditionis, quod desumitur ex verbis cit. 34

art. 159. in seine Behausung / oder Behaltnuß bricht oder steiget / oder mit Waffen 2c. ubi diversæ rationes cuivis speciei subnectuntur, fundamentalis autem earum est, quòd dolosum, & periculosum nimis sit furtum.

35 Quamvis autem in puncto Juris hæc sententia sit potior alterâ, tamen adhuc dubia est, in dubio autem semper facienda est interpretatio contra eum, qui legem apertiùs dicere potuisset. *Cap. 57. de Reg. Jur. in sexto.* Altera ratio est, quoniam probabiliter, huic constitutioni ansam præbuit Constitutio Friderici Imperatoris *Feud. 2. tit. 17. §. 8.* ubi illi, qui quinque solidos est furatus, si ex tali furto pax publica turbetur, pœna laquei est dictata, ergò quemadmodum in lege Fridericiana deposcebatur violentia pacis publicæ turbativa ad infligendā pœnam laquei, ita quoque in Constitutione Carolinæ, tum quia in obscuris pars benignior est præferenda *l. 9. l. 56. l. 192. §. 1. ff. de R. I.* tum etiam, & quidem præcipuè, cùm leges odiosæ & pœnales omni possibili interpretatione sint mitigandæ. *l. penult. ff. de pæn.* videatur Julius Clarus. *Lib. 5. Sent. §. furtum. n. 7.* Antonius Gomez. *var. resol. tom. 3. Cap. 5. n. 12.* & plures relati à Carpz. *pract. rer. Criminal. part. 2. quæst. 79. à n. 2.*

ACTIO

De Tigno Juncto.

SUMMARIUM.

1. *De origine & definitione actionis de tigno iuncto.*
2. *Cui competat hæc actio?*
3. *An hæc actio non tantùm detur adversùs illum, qui tignum furtivum, sed etiam contra eum, qui bona fide alienum junxit tignum?*
4. *Utrùm hæc actio porrigatur quoque adversùs fabros lignarios, alienum tignum jungentes?*
5. *An detur contra tertium ædificij possessorem?*
6. *Describitur objectum hujus actionis?*
7. *An ille, qui solvit duplum, dirutô ædificiô, materiam vindicare possit?*
8. *Non potest Dominus ædificij eximendo tignum se ab hac actione liberare.*

1 PErlustratâ in antecedentibus materiâ, & actione furti in genere, dehinc & in sequentibus percurrendæ veniunt ex furto enascentes

-centes Actiones speciales, quarum quævis aliquid speciale, sive ratione objecti, sive subjecti sibi vindicat. Singulare aliquid ratione objecti habet præsens, hujus postremæ Digestorum partis tertia Actio de tigno juncto, quæ oritur ex furtô tigni, cui occasionem præbuit Lex 12. tabularum, quæ tignum ædibus seu villis junctum non modo vindicari, sed quoque solvi, vel refigi prohibuit, & quidem ex duplici ratione; prima est, ne ædificia rescindi debeant, *l. 1. ff. hîc.* altera, ne Urbis aspectus ruinis & ruderibus deformetur. *l. 1. §. 17. ff. ne quid in loc. pub. l. 2. Cod. de ædific. privat.* Zöesius *hîc. n. 2.* Amadæus Eckolt. *eod. n. 2.* & alij relati à Georgio Adamo Struvio. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 26.* Describi potest hæc actio, quòd sit civilis, personalis, rei persecutoria, qua is, qui tignum alienum ædibus suis junxit, convenitur, ut duplum præstet. *l. 1. ff. hîc.* Causa remo- hujus actionis non est uniformis, aut enim aliquis mala fide tignum suis ædibus vel vineæ junxit, & hæc actio descendit ex delicto, vel bona fide, & hoc posteriori casu oritur ex naturali æquitate, quam æquitatem Jus Civile adeò efficacem reddit, ut ad producendam actionem habilis sit, ex ratione, quia tignum ædibus junctum stante ædificio vindicari nequit, æquum igitur est, ut Domino tigni ad conservandam indemnitatem aliô remediô consulatur.

Datur hæc actio Domino tigni, & ejus hæredibus §. 29. *Inst. de rer. divis.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exerc. 48. thes. 27.* Arnoldus ab Haersolden *in adversaria de action. action. 67.* Nomine verò *tigni* venit omnis materia, ex qua ædificium est instauratum. *l. 1. §. 1. ff. hîc.* Et quamvis tigni, seu materiæ Dominus non amittat dominium, subsistente tamen ædificio ex supra adducta ratione vindicare nequit, eapropter, qui ex aliena materia in suo ædificavit solo, Dominus equidem fit ædificij, non autem materiæ, unde diversô respectu uterque videtur esse materiæ Dominus: ædificans, in quantum materia consideratur ut juncta, & in ædificium conformata, alter, in quantum materia consideratur in se, absque ædificij formâ. Conceditur hæc actio adversùs eum, qui tignum alienum ædibus, seu etiam vineis junxit. *l. 1. §. 2. ff. hîc.* 2

At hic enascitur quæstio, utrùm hæc actio quoque competat contra eum, qui tignum non furtivum, sed solùm alienum bona fide junxit? Franciscus Duarenus *in hoc tit.* & cum eo Caspar Manz *Instit. in §. 29. de rer. divis.* negativam tuetur, quibus adstipulatur Henric. Zoës. *ff. hic n. 4.* Moventur per textus *in l. 63. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. 1. ff. hoc tit.* qui tantummodò loquuntur de tigno furtivo. Sed probabilior est affirmativa, quam defendit Bachovius *in Treut. vol. 2. disput. 20. thes. 6. litt. A.* Arnoldus 3

Vinnius *ad §. 29. Inst. de rer. divis.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 28.* Probatur hæc assertio *ex l. 23. §. 6. ff. de rei vindic. & l. 7. §. 10. ff. de acquir. rer. Dominio*, ubi dicitur, quòd actio de tigno juncto in eum detur, adversùs quem nec in rem, nec ad exhibendum agi potest, atqui adversùs bonæ fidei possessorem nec in rem, nec ad exhibendum agi potest, ergò adversùs hunc ex necessitate consequentiæ concedi debet, ex ulteriori ratione, quoniam *in dicto §. 6. cit. l. 23. ff. de rei vindicat.* actio ad exhibendum manifestè opponitur actioni de tigno juncto, & quidem in eo, quòd illa non concedatur, nisi adversùs eum, qui tignum alienum scienter ædibus suis junxit, talis autem oppositio nulla foret, si bonæ fidei possessor hac actione conveniri non posset. Nec obstant textus in contrarium allati; quia in textu *l. 1. §. ult. ff. hic* ad exhibendum tenetur, qui scienter alienum tignum junxit, *in l. 63. ff. de donat. inter vir & uxor.* verò ille ab hac actione liberatur, qui sciente & patiente Domino ædificavit, ergò cæteri alienum tignum jungentes eâ obstringentur. Nec movet, quòd leges loquantur de tigno furtivo, siquidem ideò hujus sæpè solet fieri mentio, quia raró res mobilis, Domino inscio, absque vitio ad tertium pervenit: præterquam quòd ratio dandæ hujus actionis æquè pugnet in bonæ, quàm malæ fidei possessore; ideò quippe hæc actio est introducta, quia stante ædificio tignum vindicari non poterat, eámque ob rem Domino erat consulendum, ut indemnis servetur, quæ ratio haud dubiè locum quoque habet in bonæ fidei possessore, ergò absolutè loquendo actio de tigno juncto quoque datur adversùs bonæ fidei possessorem.

Alterum dubium est, utrùm hæc actio porrigatur adversùs fabros lignarios, qui aliena junxerunt tigna, ædificium tamen non possident? 4 Affirmativæ assentitur Otto Tabor *in suis Racemation. Criminal.* apud Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 28.* huic verò contradicit *cit.* Struv. *eod.* Ratio est per se manifesta, quia hæc actio est introducta eum in finem, ne tignum jungenti cum damno rei domesticæ, seu familiaris, & præjudicio boni publici necesse foret eximere, adeóque non tam inspicitur, qui tignum junxit, quàm cujus nomine junctum fuit, hic enim grave incurrit damnum, si eximendo tignum, ædificium rimis conturbare, seu omninò ruinis destruere compelleretur. Secundò, si Dominus ædificij eò solummodò casu hac actione pulsari posset, quando ipse propria manu tignum alienum junxisset, vix unquam teneretur actione de tigno juncto, cùm plerumque alienâ operâ ædificare soleat. Tertiò, quemadmodum, quod quis per alium facit, per se ipsum facere censetur, *l. 72. ff. de R.* ita hæc actio introducta est in locum rei vindicationis,

nis, ne videlicet necesse sit tignum eximere: at rei vindicatio non datur adversùs redemptorem operis, sed adversùs ipsum locatorem, *Arg. l. 39. ff. de rei vind.* ergò quoque hæc actio de tigno juncto. Consulatur Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 28.*

5 Tertium occurrit dubium, utrùm hæc actio amplietur ad tertium possessorem ædificij, cui tignum est junctum, e. g. si is, qui tignum junxit, ædificium vendidit, an ipse emptor possit conveniri? Dubitandi ratio ex deductis fluit, cùm hæc actio sit in locum rei vindicationis substituta, ergò, quemadmodum Emptor posset conveniri rei vindicatione, si prohibitio Legis 12. tabularum non obstaret, ita poterit conveniri actione de tigno juncto Non tamen adversatur hæc ratio, siquidem leges 12. tabularum contra eum attribuunt hanc actionem de tigno juncto, qui convictus est tignum ædificio junxisse, ut liquet ex verbis *final. princ. l. 1. ff. hoc. tit.* per consequens emptor ædificij non poterit hac pulsari actione, quia nec per se, nec per alium tignum ædificio junxit, præterquam quòd hæc actio sit personalis, quod ex causa ejus remota patet, quæ juxta superiùs dicta vel est delictum, vel singularis à Jure confirmata æquitas, ergò non potest protendi adversùs singularem rei possessorem, cùm tritissima sit Juris regula, quòd actiones personales in singulares non transeant successores. Ultimò, jungens tignum alienum non minùs post venditionem ædificii, quàm ante, tenetur de tigno juncto, ne sit in ejus potestate se nexui obligationis invito Creditore surripere, ergò nulla est causa, cur ea ad Emptorem extendatur. Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 29.* ibique Petrus Mylerus. Schütz *in Lauterbach. ff. hic.* Ratio in adversum allata non urget, ex hoc enim, quòd sit rei vindicationi substituta, haud sequitur, eam esse realem, atque contra tertium porrigi possessorem.

Objectum, seu id, quod hæc actio prosequitur, est duplum & quidem absque discrimine, an malæ, seu bonæ fidei conveniatur possessor, ratio est, quia hæc actio est introducta in locum rei vindicationis, juxta *cit. l. 23. §. 6. ff. de rei vindicat.* & quidem ob rationes superiùs jam repetitas, adeóque persequitur duplum, non ut aliquam pœnam, sed ut pretium tigni unà cum eo, quod interest, duplo æstimati, per consequens hæc actio est merè rei persecutoria. Struv. *Syntag. Jur. Civil. dict. loc. thes. 20.* Nec obstat textus *in l. 98. §. fin. ff. de solut.* ubi dicitur, quòd ille, qui bona fide tignum junxit, teneatur solvere pretium, ergò non adstringetur ad duplum: præter pretium enim obligatur ad solvendum id, quod Actoris interest, tignum non posse vindicari. 6

Unde aliud subnascitur dubium, utrùm contra illum, qui solvit duplum, dissoluto ædificio possit insti- 7

ſtitui rei vindicatio ad vindicandum tignum? Reſp. Si bonæ fidei poſſeſſor ſit, ceſſat rei vindicatio, quia præſtando pretium & intereſſe, id eſt, duplum, tignum quaſi emit. *§. 19. Inſt. de rer. diviſ.* ibique Arnoldus Vinnius, Bachovius, & alij. Si verò actio ſit inſtituta contra malæ fidei poſſeſſorem, & duplum ſit ſolutum, nihilominùs tamen, diruto ædificio, rei vindicatione tignum repeti poteſt, qui enim mala fide junxit tignum, dolo malo cenſetur deſiiſſe poſſidere, talis autem dolo malo deſinens poſſidere, etſi litis æſtimationem pœnæ locò præſtiterit, non liberatur à rei vindicatione. *l. 7. l. 13. ff. de rei vindicat. & l. 17. §. pen. ff. de petit. hæreditat. l. 95. §. 9. ff. de ſolut.* Ex qua deductione patet, non idem bis peti, quia illud duplum à malæ fidei poſſeſſore præſtatur tanquam meriſſima pœna, ergò non poteſt per talem præſtationem abſorberi rei vindicatio, conſtat enim ex alijs principijs, quòd actio merè pœnalis non extinguat rei perſecutoriam.

8 Ultimò hunc titulum claudit quæſtio, an jungens poſſit eximendo atque reſtituendo tignum hanc actionem à ſe amoliri? Intrepidè affirmat Arnold. Vinnius *in §. 19. Inſt. de rer. diviſ.* ex ratione, quòd lex 12. tabularum non caveat, ut Domino ædificij non ſit licitum tignum eximere, ſed duntaxat, ne compellatur cum magno damno reſcindere, atque demoliri ſuum ædificium, cui ſubſcribunt Bachov. *in Treutl. vol. 2. diſp. 20.* Hugo Donellus *lib. 4. coment. cap. 33.* Joannes Harprecht. *in §. 29. Inſt. de rer. diviſ. n. 25.* & plures ibi relati.

Etſi hæc aſſertio haud levi fundetur ratione, mihi tamen cum Jacobo Cujacio *lib. 23. obſ. 19.* Hieronymo Treutl. *vol. 2. diſput. 20. theſ. 6.* Struvio *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. theſ. 30.* & pluribus relatis à Petro Myllero *ibi.* contraria præplacet; ratio eſt, quia ſcopus legis 12. tabularum tignum eximere prohibentis fuit, conſulere publico Urbis aſpectui, quem finem non ſortitur, ſi tignum liceret eximere, atque Domino reſtituere. Eum ipſum finem habuiſſe videntur leges 12. tabularum, quem habuit SCtum, prohibens, ne ædificia integra deponantur, marmora, columnæ, aliàve neceſſaria, ſeu ornamenta quoque detrahantur, *l. 2. Cod. de ædific. privat.* ſed contra prohibitionem SCti non licet Domino ædificij illud deponere, ne publicus deformetur Urbium aſpectus, ergò neque contra prohibitionem legum 12. tabul. Sunt, qui diſtinguunt, utrùm tignum poſſit eximi absque ruina & deformitate publica, nec ne? Priori caſu eximendi, & ſe ab hac actione de tigno juncto liberandi facultatem concedunt, ſecùs in poſteriori. Conſulatur Bachov. *in Treutl. vol. 1. diſput. 15. theſ. 8. lit. E.* & alij apud Petrum Myler. *dict. loc.* allegati. 9

ACTIO

ACTIO

In factum ex Edicto, si is, qui Testamento liber esse jussus erit, post mortem Domini ante aditam Hæreditatem surripuisse, aut corrupisse quid dicetur.

SUMMARIUM.

1. *Formatur facti series hujus Rubricæ.*
2. *Describitur actio in hac Rubrica proposita.*
3. *Qualiter ista actio cesset?*

1 QUartum sibi in septima Pandectarum parte asserit locum Actio in factum ex Edicto, *si is, qui testamento liber &c.* Servus, cui in testamento sui domini est assignata libertas, si post mortem ejus, ante tamen aditam hæreditatem, aliquid surripuit, vel corrupit, seu alio quovis modo damnum in rebus hæreditarijs, ipsique hæreditati dolô, vel culpâ irrogavit, ob imminentis libertatis spem, ut servus coerceri nequit, *l. 1. §. 1. ff. hoc tit.* neque ut fur, quia hæreditati furtum fieri non dicitur. *dict. l. 1. §. 1. ff. eod.* videatur Henric. Zoesius. & Joannes Jacobus Wisenbach. *ff. hoc tit.* Georg. Adam. Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 32.* ibique Petrus Mylerus; etsi enim hæreditas respiciatur ut Domina, haud tamen consideratur ut possessor. Oswaldus Hilliger *in Donell. lib. 15. cap. 29. lit. H.* Ne igitur delictum hoc permaneat impunitum, aut servi spe impunitatis audentiùs delinquant, Prætor magis naturali, quàm civili æquitate motus, in defectum alterius actionis hanc actionem, in hoc titulo propositam, contra servum produxit, *dict. l. 1. §. 1. ff. eod.* quasi subsidiariam, quæ, si aliud quodvis datur remedium, absolutè cessat.

Est igitur actio Prætoria, personalis, respectu actoris rei persecutoria, cujus causa remota est magis naturalis, quàm civilis æquitas, *dict. l. 1. §. 1. ff. hic.* proxima est obligatio. Ad hoc autem, ut hæc actio competat, tria deposcuntur. Primò, ut servus dolo, seu culpâ quid amoverit, vel aliud damnum dederit. Secundò, ut post mortem Domini, & tertiò ante aditam hæreditatem. Henric. Zoes. *ff. hic.* Petrus Mylerus *in Struv. exercit. 48. thes. 23.* Arnoldus ab Haersolden *in adversaria de act. part. 7. act. 7.* Competit itaque hæredi, seu etiam substituto, aut hæredi hæredis, aliisque successoribus adversùs servos, res hæreditarias amoventes, seu damnum in rebus hæreditarijs, tam

pro-

propriis defuncti, quàm alienis in hæreditate inventis dantes. *l. 1. §. 10. ff. hic.* Et si plures fuerint, omnes in solidum, id est, duplum damni dati obstringuntur, cùm conveniantur ex delicto exemplo furti, nullus eorum igitur præstando solidum liberatur; *l. 1. §. ult. ff. hoc. tit.* jungantur Zoes. Wisenbach. & alij *in hoc. tit.* ultra anni tamen spatium hæc actio non porrigitur. *l. 1. ff. hic.*

3 Et quemadmodum omnia fermè remedia certis casibus cessant, ita & præsens actio. Denegatur autem primò, si servus sub conditione libertatem est nactus, tunc enim potest coerceri ut servus, *l. 1. §. 3. ff. h.* Si autem conditio ejus est naturæ, ut mox existat, tamen hæc actio cum effectu adversùs servum moveri potest. *l. fin. ff. eod.* Secundò, si sine dolo, vel culpâ damnum dedit. *l. 1. §. 2. ff. eod.* Tertiò, si ante mortem Domini quid suppressit, vel damnum dederit. *l. 1. §. 1. ff. hoc. tit.* Ultimò, si post aditam hæreditatem servus ab uno ex hæredibus aliquid submoverit. *l. 1. §. 8. ff. eod.* Vide Amadæum Eckolt. *§. 4. ff. h. tit.* Hodie verò, cùm servos non habeamus, in totum est sublata actio hæc, in quæstionem hactenùs deducta. Supremum illud est advertendum, quòd, sicut cum actione furti concurrere potest rei vindicatio, ita quoque cum hac actione, *l. 1. §. 17. ff. hoc. tit. l. 5. §. 1. ff. de rei vindic.* prout & cum hac actione concurrit actio legis Aquiliæ. Videatur post Zoes. *cit.* Eckolt. *ff. hic.*

ACTIO

Furti adversùs Nautas, Caupones, Stabularios.

SUMMARIUM.

1. *Qualis sit differentia inter hanc, & priorem actionem?*
2. *Qualis sit differentia inter hanc, & actionem de recepto?*
3. *Quid si servus furtum commisit?*
4. *Utrum exercitor teneatur de alijs delictis, in navi vel Caupona commissis?*
5. *Habet tamen ille, cui furtum est commissum, electionem, an velit agere adversùs exercitorem, vel adversùs furem.*

1 QUinta actio ex Prætoris edicto proposita est in illos, qui exercent Cauponam, navem, seu stabulum, si quid ab eis, quorum operâ utuntur, est amotum, *l. 1. ff. hoc. tit.* & quamvis occasione actionis de recepto, hujus actionis jam aliquando fuerit facta mentio, singulariter

ter tamen hoc titulo Prætor hanc designavit actionem, quoniam prior non solùm furtum, sed etiam damnum datum vindicat, hæc autem furtum solùm. *l. 1. §. 3. ff. hic* Zoës. & Struv. *ff. ad hunc tit.* Definiri potest, quòd sit Actio prætoria, personalis, pœnalis, quæ competit viatori ob furtum ipsi in navi, caupona, seu stabulo factum ab illis, qui habitandi causa ibi morantur, vel operarum præstandarum gratia adsunt, contra navis, seu hospitij exercitorem. *§. ult. Inst. de obligat. quæ ex quasi delict. nasc. l. 5. §. fin. ff. de oblig. & act.* Causa remota est quasi delictum, proxima est obligatio.

2 Differt ab actione de recepto, quòd hac actione teneatur nauta, vel caupo ex facto omnium, seu vectores sint, seu viatores, *l. 1. §. fin. l. 2. l. 3. ff. nautæ Caupones.* cùm custodiæ nomine de omnibus rebus, quas recipit scienter, conveniri possit: at verò actione ex hoc edicto orta exercitor ob furtum à vectoribus, seu caupo à viatoribus, quorum conditionem probabiliter potest ignorare, commissum non potest pulsari. *l. 1. ff. nautæ Caupones. l. 1. §. 6. ff. hic.* Secundò distat, quòd actio de recepto sit rei persecutoria, hæc merè pœnalis, hæc proinde non, quemadmodum actio de recepto, in hæredes datur. Conceditur ergò hæc actio iter facientibus, & divertentibus in cauponam, navem conscendentibus, vel in stabulum equos, & alia instrumenta inferentibus, & horum hæredibus contra nautas, caupones, & stabularios ob furtum in rebus illatis factum ab illis, quorum operis utuntur, vel qui habitandi gratiâ inibi morantur.

Si servus furtum commisit, triplex est advocanda distinctio, aut 3 enim servus proprius perpetravit furtum, & noxæ dando liberatur Dominus, *l. unic. §. 5. ff. hic.* ratio est, quia servum semel emptum aliòve modo acquisitum non licet à se repellere, aut abjicere, adeóque in malo quasi domestico Domino ignoscendum. *dict. §. 5.* Si autem liber homo furtum perpetravit, seu quoque servus alienus, de furto tenebitur, siquidem de his statuere debuit, quales essent, *dict. §. 5.* ibique Brunneman. Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 35.* Datur adversùs exercitorē, & si plures sint, in quemvis pro parte, quâ navem, vel cauponam, vel stabulum exercet, *l. fin. §. 5. ff. Naut. Caup. &c.* non autem adversùs hæredes. *§. ult. Inst. de Oblig. quæ ex quasi delict.* Ratio est, quia naturam actionum pœnalium assumit, *l. unic. Cod. de delict. defunct. l. 164. ff. de R. I.* ne quidem in quantum pervenit, contra Antonium Fabrum *in suo ration. ad l. 7. §. fin. ff. nautæ Caupones.* atque Arnold. ab Haersolden *in sua adversaria de Action. part. 1. act. 27.* Ratio est, quia hoc delictum facto, vel dolo alieno, inscio nempe exercitore, committitur, adeó-

adeóque vix, ac ne vix quidem aliquid ad hæredes exercitoris pervenire poterit. Addantur, quæ accumulavit Petrus Mylerus *in Struv. exerc. 48. thes. 36.*

4 Quo in passu tamen singulariter est notandum, quòd, etiamsi ex furto à suo famulitio commisso teneatur exercitor, haud tamẽ ex alijs delictis, inibi in personas viatorũ perpetratis obstringatur, e. g. si injuria afficiuntur. *arg. §. fin. Inst. de Oblig. quæ ex quasi delict. nasc. l. 5. §. fin. ff. de oblig. & act.* Non autem, quemadmodũ exercitor navis, seu cauponæ, tenetur primò, qui amicitiæ causâ aliquem hospitio excipit, non enim de culpa suorum domesticorum, sed solùm de propria adstringitur. Nec secundò, qui militibus metatorum hospitium præbent. Minùs tertiò, qui in Academijs recipiunt Studiosos, etsi etiam simul eis victum subministrent, pro exercitoribus tamen non habentur. Æquè parùm quartò, tempore nundinarum mercatores hospitantes. Datur verò hæc actio ad pœnam dupli. *l. unic. §. 2. ff. hic.* Georg. Adamus Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 36.* aliique plures ibi relati, qui attestantur, pœnam dupli hodie de moribus esse abrogatam.

Cæteroquin in arbitrio Domini rei ablatæ est, utrùm velit agere actione Prætoria adversùs exercitorem, vel actione Civili furti contra furem, *dict. l. unic. §. 3. ff. eod.* unâ tamen electâ, altera absorbetur. Henric. Zoësius *ff. hic n. 1.* Brunneman. *in l. 4. ff. nautæ, caupones.* Petrus Mylerus *in notis ad Struv. exercit. 48. thes. 37.* Etsi enim aliàs actiones pœnales ex diversis factis enatæ, ad invicem se consumant, *in* præsentiarum tamen alia subest ratio, videlicet periculum, quod exercitor in se suscipit: si autem omninò custodiam in se recepit, actionem furti ante Dominum rei consequitur. *l. unic. §. 4. ff. hic.* Postremùm est subnotandum, quòd hæc actio naturam actionis furti imitetur, & propterea perpetuam sortiatur vitam. *l. ult. §. 6. ff. nautæ, Caup.* 5

ACTIO

Ex Edicto Si familia furtum fecisse dicetur.

SUMMARIUM.

1. *Qualis in hoc titulo prodatur actio?*
2. *Describitur actio ex hoc Edicto competens?*

1 SExtô locô succurrit Prætor Domino, cujus plures servi eô ignorante furtum commisere, ne omnes noxæ dare, vel pro singulis æstimatio-

mationem præstare teneatur, per consequens ejus evertatur patrimonium. Competit igitur ex hoc edicto Prætoris arbitrium Domino, seu facultas, utrùm velit omnes servos noxios abjicere, vel æstimationem offerre tantam, quantam, si unus liber furtum fecisset, id est, pœnæ nomine duplum, rei subreptæ causâ simplum, *l. 1. l. 2. ff. hic.* ibique Brunneman. cum Georg. Adamo Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 38.* si autem furtum sit manifestum, in quadruplum pœnæ nomine condemnabitur. Jacobus Cujac. *in l. 2. ff. hic.* Collegiũ Argentoratense, & alij plures apud Brunnemannum *ff. hic.* Nec obstat textus *in l. 9. ff. de Jurisdiction. & l. 34. ff. de Jurejur.* ex quibus patet, tot esse delicta, quot sunt personæ, adeóque Dominum pro singulis servis, furtum committentibus, æstimationem præstare teneri. Id enim solummodò de stricto Jure procedit, de æquitate verò aliter est receptum, & Domino succurritur, ut præstando æstimationem unius furti à libero homine commissi, satisfaciat delicto; ex ulteriori ratione, cùm in furto sit unicum factum, id est, ablatio rei: sicut ergò una est res, etsi mille fures eam submovissent, ita ejus ablatio unicum dicitur factum: aliud est recipiendum in cæteris delictis, velut injuriâ alicui illatâ, tot enim in hac sunt contumeliæ, quot sunt personæ eas inferentes. Pariter in Albo corrupto non cõsideratur ipsa materialis albi corruptio, sed potiùs Prætoris contemptus, pluribus igitur Album lacerantibus, tot sunt Prætoris contemptus, quot personæ lacerantes. Vide post Henric. Zoës. *ff. hic. tot. tit.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 38.* unde etsi ex æquitate Domino quoque in alijs delictis à servo commissis succurratur, *l. 32. ff. ad l. Aquil.* tamen in actione albi corrupti hæc non attenditur æquitas, ratio est per se manifesta, quia contemptus Prætoris in Majestatem redundat, de quibus omnibus videatur textus litteraliter *in l. 9. ff. de Jurisdict.*

His ergò necessariò prænotatis, 2 ex furto à familia, seu servis commisso, datur actio Prætoria, personalis adversùs Dominum, vel ut omnes servos noxæ det, vel æstimationem rei ablatæ, & duplum pœnæ nomine persolvat. *l. 1. & 2. ff. hic.* Causa ejus remota est furtum à familia perpetratum, proxima est obligatio ad instar omnium actionum personalium. Datur ergò ei, cui furtum est factum, & ejus hæredibus, *l. 4. ff. hic.* adversùs Dominum, cujus familia furtum commisit, non verò in ejus hæredes, hinc ortum ex delicto sortita pœnam persequitur. *Arg. l. 1. ff. de delict. privat.* Si verò familia, seu servi duobus pluribúsve communes, furtum commiserint, interest, an unus eorum sciverit, nec ne? si prius, sciens solus tenetur quoque reliquorum nomine, nec id, quod solvit, à cæteris repetere potest: ex ratio-

ratione, quia sui proprij facti pœnam sustinet. *l. 9. ff. de noxal. act.* Casu verò conversô, quo ipse ignorans duplum persolvit, à socio illud repetet, dict. *l. 9. ff. eod.* quod idem asserendum de eo, qui quidem notitiam habuit, prohibere tamen nequivit. *l. penult. ff. hic.* Hoc Edictum pertinet quoque ad damnum injuriâ datum. *l. 32. ff. ad Leg. Aquil.*

ACTIO

Arborum furtim cæsarum.

SUMMARIUM.

1. Describitur actio Arborum furtim cæsarum.
2. Cui competat hæc actio directa.
3. Cui competat utilis?
4. Describitur subjectum passivum hujus actionis.
5. Determinatur objectum hujus actionis.
6. Quales actiones concurrant cum hâc actione?

1 SEptimam sedem Actio arborum furtim cæsarum obtinet. Hæc rubrica dilucidatur per nigrum, exponitur enim in hoc titulo, quando arborum furtim cæsarum agi queat, nascitur quippe ex clandestina, seu furtiva arborum alienarũ succisione actio arborum furtim cæsarum, quæ non alia est, quàm actio Civilis, personalis, mixta, partim rei persecutoria, partim verò pœnalis, competens adversùs eum, qui clam alienas arbores succidit, ut præstet duplũ ejus, quod interest. *l. 7. §. fin. & l. 8. ff. hic.* causa ejus remota est delictũ, id est, clandestina aliarũ arborũ succisio, *l. 1. l. 7. ff. hoc tit.* non enim nascitur ex furto, cùm detur, etiamsi aliô, quàm lucri faciendi causa, arbor fuerit succisa modô, e. g. damnum dandi causâ. *l. 7. §. 1. ff. eod.* proxima est obligatio.

Datur hæc actio directa Domino arboris, Vasallo, Emphyteutæ, quãdo in prædijs feudalibus & emphyteuticis arbores succiduntur, *l. 5. §. fin. ff. hoc. tit.* & horũ hæredibus. *l. 7. §. penult. ff. eod.* si arbores ad plures spectant, unà omnibus & universis est cõcessa actio. *l. 6 § 1. ff. eod.* Si autẽ fortè contingat, ut post cæsas arbores fundus, in quo consitæ erant, alienetur, non emptori, sed venditori hæc actio tribuitur. *l. ult. ff. hoc. tit.* Nec obstat textus *in l. 6. § 4. ff. de aq. & aqua pluv. arcend.* in quo actio aquæ pluviæ ad eum transfertur, in quem fundus est alienatus; ratio disparantiæ est, quoniam hæc posterior actio damnum primò futurum, seu timendum à fundo amolitur, per consequens ex merita ratione in novũ transfertur Dominũ, seu emptorem, cujus solius inter- 2

est,

eſt, imminens ſubmovere damnum, prior autem actio de arboribus furtim cæſis competit ex cauſa damni jam præteriti ſeu illati, eámque ob rem exemplo aliarum actionũ perſonalium in ſucceſſorem ſingularem non tranſit. *arg. l. 56. ff. de oblig. & act. l. 1. §. 24. ff. de aquâ quotid. & æſtiv. l. 5. §. fin. ff. de ſervo corrupt.*

3 Utilis hæc actio conceditur Uſufructuario, prout haud improbabiliter deſumitur *arg. l. 11. §. ult. ff. ad l. Aquil. & l. 13. ff. quod vi, aut clam.* in quibus locis utilis actio legis Aquiliæ, & interdictum quod vi aut clam uſufructuario tribuitur, ex paritate igitur rationis quoque hæc actio ei erit largienda, cùm non ſufficiens diſparitatis fundamentum ſtabiliri poſſit. Conferatur Ludovic. Molina, *de Juſt. & Jure tract. 2. diſput. 699. n. 12.* Georgius Adamus Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. theſ. 43.* ibique Petrus Mylerus *in notis ad eundem Struv.* Nec obſtat textus *in l. 5. §. 2. ff. hic.* ſubaudiendus námque eſt de actione directa, quæ ibi uſufructuario competere negatur, non verò de utili.

4 Porrigitur adversùs eum, qui arborem ſuccidit, vel deglabravit, ſubſecuit, aut cinxit, ſicut in terminis loquitur Paulus. *in l. 5. ff. hic.* Nec refert, ſive tota, ſive pars ejus cæſa ſit, prout reſpondet Ulpianus *in l. 7. §. 3. ff. eod.* non ſolum autem datur, quando unus cædit, ſed etiam ſi plures ſint, adversùs quos unica in ſolidum datur actio, *l. 6. ff. eod.* uno tamen eorum pœnam perſolvente, cæteri liberantur, ſeu deinde per ſe, per ſervos, ſeu per liberos homines ex mandato ſubſecari, vel cædi curaverint. *l. 7. §. 4. ff. eod.* Ludovicus Molina *de Jure & Juſt. tract. 2. diſp. 199.* Contra hæredes verò non porrigitur, *dict. l. 7. §. 6. ff. hic.* ratio eſt, cùm ſit merè pœnalis, etſi enim citatus Ludovicus Molina. *dict. loc. n. 2.* hanc actionem, quatenus eſt rei perſecutoria, quoque protendat ad hæredes, videtur tamen reſpectu rei conventi eſſe merè pœnalis, quæ actiones ante litem conteſtatam neutiquam tranſeunt ad hæredes. *l. 1. ff. de privat. delict. l. 33. ff. de oblig. & act. l. 111. §. 1. ff. de R. J.* Si colonus ſeu prædij ruſtici conductor arbores ceciderit, utrâque, & locati, & arborum furtim cæſarum, actione pulſari poteſt. *l. 9. ff. hoc. tit.* ſi tamen priùs locator egit actione hâc arborum furtim cæſarum, abſorbetur actio locati, non autem viciſſim, quia in hac actione de arboribus furtim cæſis plùs ineſt, quàm in ſimplici actione locati. *l. penult. ff. hic.*

Objectum hujus actionis eſt duplum ejus, quod intereſt arbores ſuccìſas non eſſe, deducenda tamen ex duplo utilitas eſt, quæ ex cæſis arboribus ad Dominum redit. *l. 8. ff. eod.* Georg. Adamus Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 45.* alijque ſub hac theſi allegati. Ubi principaliter ſubnotandum, quòd, 5

si arbores succidens eas simul asportaverit, actione furti, & condictione furtiva perstringi possit, in quibus tamen non vivæ arboris, sed solius ligni æstimatio facienda est. *l. 8. ff. hic.* Nomine verò arboris non solum vitis, *l. 3. ff. hic*, sed etiam hederæ, arundines, salices subaudiuntur. *l. 3. §. 1. & 2. ff. eod.* Secùs autem dicendum de surculis præcidaneis, vel virgis ex salicibus depromptis, quæ terræ infixæ, ut
5 suo tempore radices agant, tales enim antequam irradicatæ sunt, evulsæ seu succisæ huic actioni locum non faciunt juxta ea, quæ scribit Pomponius *in dict. l. 3. §. 3. ff. eod.* Rationem reddit Author, quia radices non egerunt, eámque ob rem arbores dici nequeunt, exceptâ olivâ, quæ, etsi radices non egerit, ex singulari tamen privilegio arboribus accensetur. *l. 3. §. 7. ff. eod.* Quod de oliva dicitur, id quoque asserendum est de plantis novellis, quæ seminario insertæ adolescunt, etsi fibris deductis terram nondum amplexæ sint, tamen si evellantur, actio hæc datur, quod idem de alijs arboribus, quarum radices emortuæ, etsi terræ adhuc infixæ sint, & illis, quæ transplantarionis causâ evulsæ, radicésque adhuc vigent. *l. 3. §. 4. 5. & 6. ff. eod.* si autem planta recenter subnata adeò est tenella, ut herbæ assimiletur, actio hæc cessat. *l. 4. ff. eod.* pariter non competit hoc remedium, si quis arborem totam extrahat, *l. 7. §. 2. ff. hic.* aliud enim est cædere, cingere vel secare, aliud in totum extrahere. Tertiò denegatur hæc actio, si quis sciente Domino per vim cecidit. *l. 8. §. ult. ff. eod.* quamvis verò hæc actio sit pœnalis, tamen est perpetua. *l. 1. l. 7. §. penult. & ult. ff. eod.*

Porrò cum hac actione arborum 6
furtim cæsarum plures concurrunt aliæ. Primò, actio ex l. 12. tabul. quæ singulis arboribus succisis 25. asses librales pœnæ nomine definiverat, de quarum æstimatione vide singulariter computantem Petrum Mylerum *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 41.* Secundò, actio legis Aquiliæ. *l. 1. ff. hic.* Tertiò, actio locati, si colonus arbores sucidit. *l. 6. ff. eod.* Quartò, interdictum quod vi, aut clam. *l. 16. §. 1. ff. quod vi aut clam.* Quintò, rei vindicatio, condictio furtiva, Actio ad exhibendum, vel etiam pro vario casu Actio furti. *l. 8. §. 2. ff. hic.* qualiter autem Jure Carolino puniatur hoc delictum. *vide art. 160. Carolin. pœnal.*

ACTIO

Vi bonorum raptorum, & de turba.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit rapina.*
2. *Ad rapinam principaliter requiritur dolus.*
3. *Secundum requisitum ad rapinam est violentia, ibique ejus divisio.*
4. *Tertium requisitum est, ut fiat lucri faciendi gratiâ.*
5. *Pro rapina quoque datur actio furti.*
6. *Definitur actio vi bonorum raptorum, & subjicitur causa, ob quam introducta sit.*
7. *Describitur subiectum activum hujus actionis.*
8. *Quandò hæc actio concedatur Comodatario?*
9. *Utrùm, quemadmodum in actione furti, in actione quoque vi bon. rapt. Dominus habeat electionem?*
10. *Adornatur subjectum passivum hujus actionis.*
11. *Determinatur objectum hujus actionis.*
12. *Qualiter pœna de Jure Civili sit præstituta, si criminaliter agatur?*
13. *Qualiter de Jure novissimo puniantur, si criminaliter sit instituta actio.*

1 OCtava Actio est actio vi bonorum raptorum. Expositas superiùs quasdam actiones pœnales speciales excipit rapina, seu actio vi bonor. raptorum: duplex autem hæc rubrica continet membrum, prima pars est vis bonor. raptor. altera de turbâ, id est, damnum in turba datum. Henric. Zœs. *ff. hic. n. 2.* Vis bonorum raptorum est dolosa ac violenta contrectatio rei alienæ mobilis lucri faciendi gratiâ, seu est delictum privatum, quo res aliena mobilis ex motivo lucri contrectatur. *l. 2. §. 9. ff. hic. l. 1. Cod. eod.* Molina *de delict. tract. 2. disput. 683. n. 2.* Antonius Mathæus *ad lib. 47. ff. tit. 2. capit. 1.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exerc. 48. thes. 46.*

Ex quibus patet, quæ ejus sint requisita. Primò enim pro essentiali ejus requisito deposcitur dolus rapientis, quam ob rem, si Publicanus pecus meũ abducat, ratus legem vectigalis à me esse violatam, haud obstringitur actione vi bon. rapt. *l. 2. §. 20. ff. hoc. tit.* Secundò, si quis rem suam, aut quam saltem suam esse contendit, violenter occupat, opinatus licere Domino, rem quovis modo possessori eripere, actione quidem de vi bon. rapt. non tene- 2

tur,

tur, siquidem ignorantia Juris eum excusat, cùm tamen sit res pessimi exempli, atque periculosæ consequentiæ, spreto nimirùm Juris ordine Jus sibi dicere, atque partes publicæ potestatis temerè usurpare, aliâ tamen pœnâ vindicatur imprudens factû, & quidem si rei Dominus fuerit, ejus patitur jacturam, si minùs, præter rem ejus æstimationem præstare tenetur, *§. 1. Inst. de vi bon. rapt. l. 7. Cod. unde vi.* & quidem ex singulari æquitatis ratione, ne vincula tranquillitatis publicæ convellantur, aut quivis juxta propriam libidinem authoritate privata sibi Jus dicere audeat. *l. 176. ff. de R. J.*

3 Secundum requisitum est, ut contrectatio violenta sit, in quo distat à furto, furtum enim absque violentia clandestinè perpetrari solet, raptor verò violenter & palam diripit. *l. 3. §. 5. ff. de incend. ruina, naufrag. l. 2. in princ. ff. hic.* Henricus Zœsius *ff. hic. n. 2.* Petrus Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civ. l. exercit. 48. thes. 46.* Non est autem unum violentiæ genus; vis enim alia est expulsiva, quando quis ex re immobili, vel quasi possessione rei incorporalis dejicitur, & hoc delictum purgatur per interdictum unde vi. Alia compulsiva, quæ vindicatur per actionem quod metûs causa. Secundò dividitur in turbativam, & inquietativam. Prior est, quando quis alium in sua possessione eum in finem turbat, ut eam sibi adjicere intentet, qualis violentia purgatur per interdictum uti possidetis, seu si res sit mobilis, per interdictum utrobi. Violentia inquietativa est, quando quis aliū in possessione non animô eam sibi adjiciendi turbat, sed solùm alterum vexandi causâ, qualis petulantia repellitur actione injuriarum. Ultimò est vis ablativa, quæ propria est hujus loci, atque vindicatur actione in hoc titulo præstituta, actualis tamen violentia non exigitur ad hoc, ut competat actio vi bonor. raptorum, sed sufficit habitualis, eapropter si quis ingressus est aliquod conclave eo proposito, ut obvia quævis raperet, etsi nemo in loco illo fuerit, qui resisteret, tamen actione vi bonorum raptorum venit pulsandus. *l. 52. §. fin. ff. de furt.*

Ultimum hujus actionis requisitum est, ut res rapiatur lucri faciendi causâ, si enim hæc violentia aliud pro fine haberet, tunc rapina non committeretur. Obstare quidem videtur antè dictis textus *in l. 2. §. 7. & 8. ff. hoc. tit.* in quibus asseritur, actione vi bonor. raptor. non solùm etiam teneri, qui rem mobilem alienam violenter submovet, sed etiam, qui coactis hominibus damnum aliquod dedit: ratio est, siquidem non infrequens est, ut in Jure aliqua actio latiùs pateat, quàm vi, seu natura vocabuli indigitatur: liquet hoc ex actionbus communi dividundo, familiæ erciscundæ, quæ à rerum communium divisione nomen habent, nihilominùs quoque 4

por-

porriguntur ad præstationes personales. *l. 25. §. 17. l. 51. & 56. ff. Famil. ercisc. l. 3. l. 6. l. 22. & 26. ff. Communi dividund.* pariformiter actio arborum furtim cæsarum, etsi à cædendo sit dicta, tamen competit quoque, si arbores non solùm sunt cæsæ, sed & si sint cinctæ. *l. 5. ff. Arbor. furt. cæsar.* Joannes Jacobus Wisenbach. *ad Pandect. vol. 2. disput. 30. thes. 1.*

5 His igitur succinctè præmissis, attingendi sunt effectus rapinæ, qui consistunt in obligatione, & actione exinde orta, est enimverò actio duplex, communis & propria. Communis est actio furti, nemo quippe magis rem invito Domino contrectat, quàm qui eam reluctanti eripit. text. *in princip. Inst. hic.* unde talis fur improbior passim nuncupatur, cùm palàm absque omni pudore in scelus ruat. *l. 2. §. 10. & §. 24. ff. hic.* Quô in passu Controversia exardescit, utrùm actio furti adversùs raptorem in duplum, vel quadruplum detur? Rem dubiam faciunt tum locus Pauli *in l. 1. ff. hoc. tit.* ubi dicitur, quòd raptor actione furti in duplum teneatur, tum etiam locus Papiniani *in l. 80. §. 1. ff. de furt.* qui furem actione furti in quadruplum adstringi contendit. Hos JCtos conciliat Ulpianus *in l. 52. §. ult. ff. de furt.* ubi ait, eum, qui ex domo, in qua nemo erat, quidquam rapuit, furti nec manifesti teneri, si nemo deprehendit tollentem, ergò si quis tollentem deprehenderit, furti manifesti adstringetur: unde concludendum est, si raptor fuerit deprehensus in ipso ferventis rapinæ actu, actio in quadruplum dabitur, secùs autem, si non fuerit deprehensus.

Propria huic delicto actio est Vi bonorum raptorũ, quæ est Prætoria, personalis, mixta, partim pœnalis, partim quoque rei persecutoria, videlicet quoad simplum, text. *in princ. Inst. de vi bonor. rapt. §. 19. Inst. de act. l. 1. l. 2. ff. hic.* cujus causa remota est rapina, proxima est obligatio. Differt ab actione furti, quòd hæc meram persequatur pœnam, illa verò id, quod nobis abest. text. *in princ. Inst. de vi bon. rapt.* Secundò, hæc quandoque in duplum, quandoque etiam in quadruplum datur, *§. 5. Inst. de obligat. quæ ex delict.* illa verò indistinctè in quadruplum concepta est. Tertiò, Actio furti non manifesti est civilis, actio vi bonor. rapt. verò est honoraria. *l. 2. ff. hic.* Quartò, actio furti est perpetua, actio vi bonor. raptor. in quantum pœnalis est, annalis est. *l. 2. l. 4. Cod. hic.* At dices: nulla subest sufficiens causa, quæ movere potuit Prætorem, ut hanc actionem proponeret, siquidem Jure Civili rapina vindicatur & actione furti, & Aquilia, simúlque Condictione furtiva, ob idque superflua videtur, præsertim cùm solummodò eo casu novam proponendo actionem in auxilium succurrat, ubi Jus Civile deficit. *Arg. l. 6. ff. de Min.* Sed haud dubiè causæ prægnantes impulerunt Prætorem, 6

rẽ, ut ſuo Edicto hanc promulgaret actionem, quemadmodũ enim nihil magis pacem, & quietem publicam ſubvertit, ac ipſa violentia, præſertim ablativa, ita oſtendere voluit Prætor, ſe ſtudere ſecuritati publicæ, & omnem violentiam à cervicibus & patrimonio civium ſubmovere. Secundò, quò improbior raptor eſt, eò magis convenit, ut pluribus teneatur actionibus, eapropter, licet Jus Civile actione extraordinaria hoc delictum vindicet, ob ſingularem tamen malitiam ordinariâ quoque vindicandum eſſe exiſtimavit Prætor.

7 Porrò hæc actio competit Domino, bonæ fidei poſſeſſori, locatori, commodatario, & univerſim omnibus, ad quos vel commodum, vel uſus, ſeu periculum pertinet. *l. 2. §. 22. ff. hoc tit.* Datur igitur hæc actio, ſive res rapta ſit in bonis, ſive ex bonis; *§. fin. Inſt. de act.* dicuntur autem res ex bonis eſſe, quorum, etſi aliena ſint, uſus vel emolumentum, aut denique periculum ad nos pertinet, in bonis autem, quæ nobis ita ſunt acquiſita, ut eorum alienandorum quoque licentia ſit tributa. *l. 52. ff. de acquir. rer. dom. l. 49. ff. de Verb. Sign.* Arnoldus Vinnius *in §. ult. Inſt. Vi bon. rapt.* Bachov. Harprecht. *eod. n. 3.*

8 Ex quibus hactenùs explanatis ulteriùs ſuccedit dubium, an hæc actio Commodatario & Conductori eo duntaxat tribuatur caſu, quo æſtimationem rei per rapinam ſubmotæ præſtare tenetur? Dubitandi autem ratio conſurgit ex paritate cum actione furti, quæ Commodatario non competit, niſi adſtringatur Domino rei æſtimationem præſtare, *l. 14. §. 11. ff. de furt.* ergò neque ei concedenda erit actio vi bon. rapt. ſiquidem hæc cum actione furti pari ambulat paſſu. *§. fin. Inſt. de vi bon. rapt. l. 2. §. 23. ff. eod.* At ab hac opinione diſcedere ſuadet textus *in cit. §. ult. Inſt. eod. & l. 2. §. 22. ff. hoc. tit.* in quibus generatim aſſeritur, ob rem commodatam, ſeu conductã dari actionem vi bon. rapt. absque interpoſito diſcrimine, utrùm culpâ commodatarij, ſeu conductoris rapina ſit commiſſa. Secundò, ſi quis ſuâ vel modicè intereſſe docebit, habere debet actionẽ vi bonor. rapt. verba ſunt Ulpiani *in l. 2. §. 24. ff. de vi bon. rapt.* quâ autem penitiùs conſideratâ, nemo poterit negare, cõmodatarij & conductoris intereſſe ratione uſûs interverſi. Tertiò quis rapinam præſtabit per exempla Ulpiani *in verb. final. l. 23. ff. de R. J.* propoſita, eapropter non ideò commodatario & conductori hæc indulgetur actio, quia æſtimationem rei præſtare adſtringitur, ſed potiùs ob interverſum rei uſum, atque emolumentum. Argumentum in adverſum motum non ſtringit, cùm argumentum ab actione furti ad actionẽ vi bon. raptor. efformatum non poſſit eſſe convertibile, quoniam juxta reſponſum Ulpiani *in l. 2. §. 24. ff. hoc. tit.* actio vi bon. rapt. aliquando locum ſortitur, quin actio furti,

furti, & quidem ex conjecturali ratione, ut raptores propter faciliorem concessionem hujus actionis absterreantur à crimine rapinæ.

9 Aliud ex præcedentibus subnascitur dubium, an Dominus rei raptæ habeat electionem, utrùm velit actione vi bonor. rapt. agere adversùs raptorem, vel comodatarium, aut actione ordinaria ex contractu descendente? quod omninò negandum est, ratio est evidens, quoniam vel res est culpâ commodatarij rapta, vel absque ejus culpa, priori casu non competit electio, quoniam *l. ult. Cod. de furt.* nominatim loquitur de furtis, adeóque ad ipsam rapinam neutiquam est protendenda, quia per rapinam major commodatario infertur injuria, quàm per simplex furtum, unde non est omnimoda paritas, nec quod de uno est statutum, ad aliud protinùs ampliandum. Posteriori casu commodatarius non habet actionem vi bon. rapt. nisi ob interversum ejus usum, & emolumentum, rei verò subreptæ nomine agit ipse Dominus, ergò frustra quæritur de electione.

10 Porrò datur hæc actio adversùs raptorem, seu etiam illum, qui rapinæ dolô malô causam dedit. *l. 80. §. 4. ff. de furtis.* Si vitricus, vel noverca res privignorum dolo malo suppressit, vel omninò abstulit, easdémque vendidit, in horum est arbitrio, utrùm actione vi bonor. raptor. ad quadruplum agere, vel venditionem ratificare, & actione negotiorum gestorū pretium repetere velint. *l. ult. Cod. de vi bon. rapt.* Si autem servus, Domino ignorante, res alienas rapuit, actione noxali tenetur Dominus ad quadruplum, vel servum noxæ dare. In hæredes hæc actio non competit, ne quidem in quantum pervenit, *l. 2. §. ult. ff. hoc. tit.* ubi expressè excipitur ab illis actionibus, quæ ex delicto ortæ à defuncto ad hæredes quidquam transmittunt: ratio est, quia sufficit Condictio furtiva juxta ipsius Prætoris effatum.

Objectum hujus actionis dupliciter potest in considerationem evocari. Vel instituitur hæc actio post annum, vel ante? priori casu datur in simplum, posteriori autem in quadruplum, *§. 19. ff. de action.* cui tamen quadruplo inest rei persecutio; quo loco etiam aliud occurrit dubium, utrùm nimirùm triplicetur rei raptæ æstimatio, vel solùm interesse, rapinam perpetratam non esse. Mihi videtur eadem esse adhibenda distinctio, quæ de actione furti antecedenter fuit annotata, vel enim est res rapta, & triplicatur pretiū rei: vel usus, aut possessio interversa, atque in hoc ultimo casu triplicatur interesse, quoniam res ipsa commodatario, seu conductori abesse non censetur, ratio est ex alijs principijs manifesta, quia rapinam, aliósque similes casus nemo præstat. *l. 23. in fine ff. de R. I.* 11

Hactenùs de actione Civili dissertum est, dehinc pauca quædam subjicienda sunt de accusatione crimi- 12

nali

nali rapinæ, seu quemadmodum Pragmatici appellant, Robaria. Si inspiciamus Jus Civile in Corpore Juris clausũ, discrimen intercedere debet Expilatores inter & Grassatores. Illi sunt, qui obvios corripiunt, vestimentis exuunt & spoliant, qui opere publico puniuntur, aut si sint honestiores ordine & dignitate, ad tempus submoventur, patriæque fines excedere jubentur. *l. 1. §. 1. ff. de expilator. & effractorib.* Hi dicuntur, qui ferro grassantur, & spoliant, quibus pœna capitalis est definita, si sæpiùs hoc crimen iterârunt, secus in metallum damnantur, vel in Insulam relegantur, per textum apertum *in l. 28. ff. de pœnis.* ex qua lege haud obscurè desumitur, plura conjunctim deposci, ut quis grassator censeri queat. Primò, ut ferro obvios aggressus sit, si enim absque stricto ferro, aliisve armis alicui vestimenta detraxit, grassator aut pœnam gladij promeritus dici nequit. Secundò, ut non simpliciter, vel alio ex fine quem sit aggressus, sed prædæ causâ, si enim debitum extorquendi, vel pignoris habendi gratiâ, alia est præstituta pœna. Tertiò ut in via, non domi. Ultimò, ut hoc crimen iteratò vel sæpiùs sit frequentatum.

13 Si verò Jus novissimum & Carolinum consideramus, asperiùs in grassatores insurgit; quivis námque malitiosus, atque convictus grassator indistinctè pœnæ mortis subjici videtur *in art. 126.* ex quo articulo Benedict. Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 90.* cum alijs à se citatis septẽ deducit ampliationes, atque rationibus & præjudicijs stabilit. Si tamen pleniùs in hunc articulum inquiritur, dubium planè est, an mitiorem ejus interpretationem excludat hic rigor, sunt namque, qui cum Mathæo Stephano *in notis ad Carolinam* opinantur, raptores pœna gladij aliter puniri non posse, nisi quando ferro in vijs publicis, & quidem sæpiùs, occurrentes adorti spoliârunt. Ratio est *tum*, quia Jus Carolinum requisita à Jure Civili non repudiat, tum etiam, quia, quamvis Carolina Nemesis generatim loquatur, haud tamen propriè determinat, quis malitiosus ex occurrentibus circumstantijs grassator censendus, atque pœna mortis coercendus sit, unde illud à Jure communi, & in specie *ex l. 28. §. 10. ff. de pœnis* erit conjecturandũ, tum denique, quoniam, sicut Carolina constitutio non novam grassatoribus præstituit pœnam, sed antiquam à Jure communi determinatam confirmat, ita duntaxat statuit, ut malitiosus raptor, quem Jus commune & Antecessores pro tali habuerunt, pœnæ mortis subjiciatur.

ACTIO

Furti de Incendio, Ruina, Naufragio, Rate, nave expugnata.

SUMMARIUM.

1. *Definitur actio sub hac Rubrica contenta.*
2. *Quis dicatur ex incendio, ruina, naufragio. &c. rapere?*
3. *Adversùs quos detur hac actio?*
4. *Qualia remedia concurrant cum hac actione?*

1 Singularis species rapinæ esse censetur, quæ perpetrari solet occasione incendij, ruinæ, navis, aut ratis expugnatæ, pro qua vindicanda nona peculiaris à Prætore est proposita actio, quæ quidem absolutè non erat necessaria, siquidem prior in effectu sufficit, quandoquidem autem illi, qui naufragorũ, aut illorũ rapiunt bona, qui ruinam, aut incendium passi sunt, longè improbiores sunt cæteris raptoribus, ideò singulatim edicere placuit Prætori. Cujus edicti evidens utilitas, & necessaria severitas inde liquet, quoniam publicè interest, in his ærumnosis casibus afflicto non addere afflictonem. *l. 1. §. 1. ff. hoc tit.* Describi potest hæc actio esse personalis, Prætoria, mixta, quâ petimus quadruplum ab eo, qui in ruina, tumultu, naufragio nostrum rapuit, *dict. l. 1. in princ. ff. eod.* causa ejus remota est delictum, proxima obligatio; *l. 1. ff. eod.* datur illi, cui occasione incendij, ruinæ, naufragij rapina fuit perpetrata, aut damnum datum, atque ejusdem hæredibus, *l. 4. §. fin. ff. hic.* adversùs eos, qui occasione naufragij, incendij, ruinæ rapuerunt, vel amoverunt, vel alio modo damnum dederunt. *l. 3. §. 4. ff. eod.*

2 Specialiùs igitur hanc actionem, ejúsdemque materiam deducendo, non solùm ille dicitur rapere ex incendio, qui ex igne, vel loco, ubi incendium fervet, sed & ille, qui occasione incendij ex adiacentibus, & vicinis prædijs res aufert. *l. 1. §. 2. ff. eod.* Nec refert, sive sit incendium dolosum, & datâ ad id operâ excitatum, sive culposum, aut fortuitum, cui causam non dedit culpa, sed inopinatus casus, *l. 9. l. fin. ff. hic. l. 3. §. 1. ff. de præfect. vigil. l. 15. §. 3. l. 30. §. 4. ff. locati.* in genere enim incendio rapi dicitur, quod propter incendium vel trepidatione incendij submovetur. *dict. l. 1. §. 2. ff. hoc tit.* ibique Brunnemannus, Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 55.* Zoes. *eod. tit. n. 1.* Quod de incendio asseritur, idipsum quoque ap-

approbandum est in tumultu, pariformiter enim & ille rapere in sensu hujus tituli dicitur, qui occasione tumultûs ex loco adjacente res aufert. Ex naufragio verò specialiter rapinam committere dicitur, qui eo tempore, & loco rapit, quo naufragium fit, vel protinùs, postquam factum est, per textum apertum *in dict. l. 1. §. fin. ff. hoc. tit.* secùs autem, si post aliquod temporis intervallum rem in littore jacentem supprimit, tunc enim furtum committrere censetur. *l. 5. ff. hic.* conferatur Theodoricus *in suis criminal. cap. 2. aphoris. 11. n. 3.* Petrus Myllerus *in notis ad Struv. dict. exercit. 48. thes. 52.*

3 Non modò autem hæc actio porrigitur adversùs eos, qui rapuerunt, sed secundò quoque contra illos, qui doloso & occultandi animo receperunt. *l. 3. §. 3. ff. hic.* Ratio datur in ipso textu, quoniam receptor non minùs delinquit, quàm aggressor, unde sequitur, eum, qui ignarus recepit, haud teneri, multò minùs, qui custodiæ causâ, & quidem eo fine recepit, ut rem illi, ad quem de Jure pertinet, restituat, potiùs quippe præmio, quàm pœnâ dignus censendus est. Zœs. & Petrus Mylerus *hoc. tit.* Pariformiter tertiò, ampliatur hæc actio contra illos, qui naufragium supprimunt, ne periclitantibus alij opitulentur. *l. 3. §. ult. ff. eod.* Theodoric. *dict. tract. aphoris. 11. n. 5.* Mylerus *dict. loc.* eámque ob rem piscatores hac possunt pulsari actione, qui lumine dolosè præstituto navigantes fallunt, atque eo fine in periculum deducunt, ut eis execranda obtingat præda. *l. 10. ff. hoc. tit.* Ultimò protenditur hæc actio quoque ad hæredes raptorum, si ex delicto aliquid ad eos pervenit, *l. 4. §. ult. ff. eod.* in quo discrepat à priori actione. Objectum quod attinet, in hac actione, quemadmodum in præcedenti, est varium: vel enim hæc actio movetur intra anni decursum, & datur in quadruplum, cui tamen rei persecutio quoque inest, vel eò elapsô, & datur in simplum. *l. 1. ff. hic. l. 18. ff. de furt.*

Concurrere cum hac actione possunt plura alia remedia, actio nimirùm furti, & vi bonorum raptor. ordinaria, *l. 5. ff. hic.* pariter Judicium publicum legis Corneliæ de Sicarijs, quando ex naufragio raptum est, imponitur enim pœna fustium cum relegatione, *l. 3. §. 8. ff. hic.* Legis Juliæ de vi publicâ, *l. 4. §. 1. ff. eod. l. 3. §. 2. ff. ad Leg. Jul. de vi publ.* Huc quoque pertinet Constitutio Imperatoris Friderici *in Auth. navigia Cod. de furt.* ubi, si naves ventorum impetu, aliòve casu ad littora adjectæ sint, naufragorum bona cum navibus pristinis Dominis asservari jubentur, damnatâ contraria consuetudine, vel potiùs corruptela. Addatur *art. 218. Carolin. pœnal.* ubi pariter fulminatur in corruptelam, seu rapacitatem eorum, qui miseras naufragorum reliquias fisco vindicandas opinantur. 4

ACTIO

Injuriarum.

SUMMARIUM.

1. *Quid, & quotuplex sit injuria?*
2. *Quibus modis committatur Injuria realis?*
3. *Ampliantur modi committendi injuriam realem per exempla.*
4. *Qualiter fiat injuria verbalis?*
5. *An teneatur actione injuriarum, qui alteri vitium naturæ objicit?*
6. *Utrùm ille teneatur injuriarum actione, qui delictum à Principe remissum objicit.*
7. *An, qui excipit contra testes, injuriarum actione teneatur?*
8. *Deponens de aliquo perpetrato crimine non facit injuriam.*
9. *Qualiter accusator injuriarum teneatur, si crimen non probat.*
10. *Ille, qui dicit, se esse tam nobilem, tam bonum, quàm alter, non facit injuriam.*
11. *An teneatur injuriarum, qui verbis injuriosis præmittit protestationem.*
12. *Subjicitur altera injuriarum divisio.*
13. *Describitur actio injuriarum.*
14. *Describitur subjectum injuriæ.*
15. *Quomodo parentes per filios patiantur injuriam?*
16. *An Pater possit injuriam filiofamilias illatam remittere?*
17. *Qualiter patiamur per personas affectui substantes?*
18. *Utrùm nos tangat injuria fratri, vel cognato illata?*
19. *Exponitur textus* in l. 5. ff. de injur.
20. *Utrùm Civitates vel Universitates possint movere actionem propter injuriam, Civi vel membro illatam?*
21. *An infestantes cadavera injuriarum actione teneantur?*
22. *In quo consistat forma injuriarum, & variæ exinde illationes?*
23. *Utrùm actio injuriarum detur Successoribus in Collegio?*
24. *Describitur subjectum passivum hujus actionis.*
25. *Delineatur objectum actionis injuriarum.*
26. *Describitur actio civilis ob injuriam competens.*

1 DEcimum sortitur locum Actio injuriarum. Vocabulum *injuria* sensu latissimo acceptum amplissimè diffunditur, támque latos obtinet fines, ac ipsa injustitia, *Text. in princ. Inst. de injurijs. l. 1. ff. hoc tit.*

tit. ex quibus textibus ulteriùs liquet, ordinariè vocabulum *injuria* tripliciter accipi ſolere. Primò, pro contumelia. Secundò, pro quovis damno culpâ dato. Tertiò, pro iniquitate ſententiæ. Arnoldus Vinnius *Inſt. in princ. de injur.* In ſenſu huic titulo congruenter ſubſervienti, quemadmodum variè à varijs paſſim definiri ſolet, ita ad demonſtrandam ejus eſſentiam ſuccinctè deſcribi poteſt, *eſſe delictum privatum, quo alteri dolo malo contumelia infertur, l. 11. §. 4. l. 15. §. 24. & 46. ff. hoc tit.* Theodoric. *in ſuis Criminal. cap. 2. aphoriſ. 15.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. theſ. 53.* ibique Petrus Mylerus.

2 Porrò injuria dividitur in realem, quæ fit facto in alterius contumeliam directè perpetrato, ad probri, & turpitudinis notam comparato, *l. 1. ff. hoc tit.* & verbalem, quæ fit vel verbis in contumeliam alterius collimantibus, vel ſcriptis: ſcriptura quippe firmius loqui cenſetur, quàm lingua, ſingularis tamen injuriæ ſcripæ ſpecies eſt famoſus libellus, qui alterâ hujus rubricæ inDigeſt. continet ſpeciem: fit autem injuria realis varijs modis, & primò quidem in corpore, alterum pulſando, quod fit ſine, aut verberando, quod fit cum dolore, *l. 5. § 1. hoc tit.* ac proinde injuriarum actione obſtringitur ille, qui pugno aliquem pulſat, fuſtibus, flagris, aut lapide petit, vel ſi quis alicui crines, & barbam expilat, *Feud. 2. tit. 27.* vel elevata manu, fuſte, aut gladio cuidam minatur. *l. 15. §. 26. ff. hoc tit.*

Committitur ſecundò injuria realis, ſi quis domum alienam invito inhabitatore ingrediatur, *l. 5. in princ. ff. hoc tit.* aut ſi bona alicujus, qui nil debebat, quaſi debitoris, etſi authoritate Magiſtratûs fiat, occupentur, *l. 20. ff. eod.* vel ſi alterius diffamandi causâ publicum monumentum, quod ejus honoris gratia poſitum erat, de medio tollatur, & in rudera diſſecetur. *l. 37. ff. eod.* Pariter ſi quis in mari, publico flumine, vel aliquo loco, in quo cuivis piſcari eſt datum, ab alio prohibetur. *l. 13. §. ult. & penult. ff. eod.* Tertiò, ſi quis in alterius deſpectum linguam exerat, oculos diſtorqueat, faciem deformet, aut ad invidiam alterius veſtes mutet, luctum & mœrorem injuriosè ſimulet, qualia exempla exſtant *in l. 39. ff. hoc tit.* huc quoque pertinent injuriæ, quæ geſtu committuntur, e. g. ſi quis protenſo medio digito hominem mollem denotat, aut ſi duobus digitis in cornuum ſpeciem deductis marito cuidam exprobrat, quaſi ad infames uxoris complexus conniveat, de quibus conferatur Speckanus *cent. 2. claſſ. 3. quæſt. 10.* Petrus Myllerus *in notis ad Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. theſ. 57.* Theodoric. *in ſuis criminal. cap. 2. aphoriſ. 15.*

Tertiò, fit injuria realis, ſi quis matrifamilias, atque honeſtæ matronæ veluti ſcorto frequenter ad- 4

am-

ambulet, aut virginem seu prætextatam blando sermone interpellet, ejúsque pudicitiam attentet, *L. 15. §. 22. ff. de injur. & famos. libell.* aut ei comitem abducat, moris quippe apud Romanos olim erat matribusfamilias, & virginibus, absque comite in publicum non prodire *dict. L. 15. §. 17. ff. eod.* videatur prolixiùs differens allegatus Speckanus *dict. cent. 2. quæst. 11.* & Theodoric. *cit. cap. 2. aphoris. 15. n. 10.*

4 Quemadmodum autem injuria realis varijs committi solet modis, ita quoque verbalis, & in genere quidem, quoties convitia ignominiosáve dicta in aliquem evomuntur, vocando sycophantam, nebulonem, Spurium, Bastardum, Leporem &c. *L. 15. §. convitium 4. & §. ex his 11. ff. de injur.* Theodoric. *dict. cap. 2. aphoris. 16. n. 14.* Harprecht. *in §. 1. Inst. de injur.* Petrus Mylerus *in Struv. dict. loc.* vel secundò, si alicui objiciatur aliquid, quod apud graves & honestos viros gravat, aut reddit contemptibilem, prout appellando aliquem ingratum, socordem, impudentem. Julius Clarus *Sent. lib. 5. §. injuria.* David. Mævius *ad Jus Lubecense lib. 4. tit. 1. art. 1. n. 1.*

5 Unde dubitatur, an ille teneatur injuriarum actione, qui alteri vitium naturæ exprobrat, e. g. strumam colli, calvitiem capitis, gibbum tergi: & dubitandi ratio est, quoniam, sicut tam levis injuria non videtur mereri legum indignationem, ita qui nocenti aliquod verum objicit crimen, injuriæ non tenetur, *L. 18. ff. hoc tit.* ergò à paritate rationis, neque qui vitium naturæ alicui objicit, tenebitur, ad hoc enim, ut injuria verbalis esse intelligatur, debet esse objectum probrosum, aut quidquam, quod est contra mores civitatis, sed vitia naturæ non censentur esse probrosa, vel adversùs mores civitatis, ergò nec rationem injuriæ imbibunt. His tamen non adversantibus, contrarium verius esse opinor, cùm toties injuria verbalis, seu contumelia alteri illata esse censeatur, quoties aliquid ad infamiam vel invidiam pertinens evomitur, *L. 15. §. 5. ff. hoc tit.* talis autem, qui naturæ defectus exprobrat, nil aliud agit, quàm ut risui & contemptui atque invidiæ eundem exponat, præsertim cùm naturæ errantis vitia non tam homini, quàm Creatori objiciat. Julius Clarus *cit. §. n. 15.* Joannes Jacobus Wisenbach. *ad ff. hic thes. 13.* Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 36. n. 2.*

Secundò dubitatur, utrùm objiciendo alicui delictum, quod à Principe vel est remissum, vel pro quo pœnam luit, aut per torturam purgavit, injuriam quis committat. Id ipsum quoque affirmatur, ratio est, quoniam per remissionem Principis omnis macula ex crimine descendens abolita esse censetur. *L. ult. §. fin. ff. de sent. pass. L. 2. Cod. de bon. vacant.* Theodoric. *dict. cap. 2. aphoris. 16. n. 16.* Carpz. *pract. rer. criminal. part. 2. quæst. 96. n. 79.* 6

Harprecht. *in §. 1. Inst. de injur. n. 57.* Haud absimile dubium est, an, si quis divitem de paupertate diffamet, & passim eum mendicum vocet, injuriam ei irrogâsse censeatur, & magis est, planè talem injuriæ actione adstringi, ratio est superiùs jam subjecta, quoniam, quidquid ad existimationem alterius comminuendam est objectum, & passim dispersum, injuria est, *cit. L. 15. §. 5. & §. 201. ff. hoc tit.* talis autem paupertatis objectio existimationi, & dignitati alicujus haud parùm officere potest, tum in contractibus, in quibus fidem eorum, qui inòpiâ laborant, homines non tam facilè sequuntur, *L. 31. ff. de reb. auth. Judic. possid.* tum etiam, quia pauperes egestate & vilitate sordescere dicuntur, *L. 5. §. 1. Cod. ad Leg. Jul. Majest.* tum denique, quia in ferendo testimonio major diviti quàm pauperi habetur fides. *arg. L. 3. ff. de test.* plures alias rationes vide apud Harprecht. *in cit. §. 1. Inst. de injur. à n. 65.*

7 Tertium dubium est, an excipiens contra testes, & eos infames, adeoque inhabiles ex capite delicti dicens, injuriarum actione teneatur. Distinctionis ope quæstio perimitur. Aut enim vera sunt crimina & à testibus commissa: & tunc neutiquam actione injuriarum pulsari potest, quoniam non modò adversùs dicta, sed etiam personas testium excipere in jure est permissum, *cap. 1. extra de except. cap. 2. §. testes extra de testib.* ergò sicut ille, qui utitur Jure à publicis constitutionibus sibi legitimè permisso, nemini facit injuriam *L. 13. §. 1. ff. hîc L. 55. ff. de R. I.* ita, quod Jure permittente fit, pœnam meretur nullam. *L. gratus 4. Cod. ad Leg. Jul. de Adult.* Quod si verò Crimina, quæ testibus ab excipiente objiciuntur, vera non sunt, nec à testibus unquam perpetrata, haud dubiè injuriam infert excipiens, quia quis non solùm agendo, sed etiam excipiendo calumniari dicitur *L. 1. Cod. de Advocat. divers. Judic.* per consequens actione injuriarum obstringitur. *L. si tibi servitutes Cod. de liberal. caus.* Theodoric. *in suis Criminal. cap. 2. aphoris. 16. n. 22.* Joann. Harprecht. *in §. 1. Inst. de injur. n. 107.* Andreas Gaill. *lib. 2. obs. 191. à n. 7.* Mathæus Colerus *de Process. execut. part. 1. cap. 8.* & ratio ulterior est, siquidem diffamator traductionis, & diffamationis causas probare nequit, injuriam fecisse intelligitur. Nec obstat, quod actus agentium ultra eorum intentionem non operentur: ergò etsi objectum delictum plenè non docuerit, tamen actione injuriarum non tenebitur, quoniam intentio & animus objicientis erat, duntaxat testes à perhibendo testimonio repellere. Ratio est, quia hoc ipso, quod oppositum testibus crimen non probavit, præsumitur calumniari. *dict. L. 1. Cod. de Advocat. divers. Judic. L. si tibi Cod. de liberal. Caus.* Gaill. *lib. 2. dict. obs. 101. n. 7.*

Pari-

8 Pariformiter actionem injuriarum adversùs se intentandam amolitur, qui criminis probandi causâ ab accusatore in testem evocatus, ad interrogationem Judicis deponit crimen esse perpetratum. Ratio desumitur *ex L. 15. §. 13. ff. hoc tit.* ubi apertè asseritur, cum eo, qui ab alio consultus officium suæ professionis exercet, atque per exercitium alium consecutivè diffamat, actionem injuriarum non esse: est verò officium testis, ea, quæ proprijs sensibus comperta obtinet, sub Jurisjurandi religione ad interrogationem Judicis seu Magistratûs in ordine ad detegendam veritatem proferre, ergò, etiamsi non plenè probaverit, haud tamen magis actione injuriarum obstringitur, tum quoniam invitus & reclamans deponere dicitur, *L. 9. ff. de testib. & tot. tit. extra de testib. cog.* adeóque dolus & animus injuriandi non præsumitur, quod tamen ad rationem injuriæ inevitabiliter deposcitur, *L. 3. cum seqq. §. §. ff. de injur.* tum etiam & quidem præcipuè, cùm officium suum nemini debeat esse damnosum, *L. 7. ff. quemad. testam. aperiunt.* si autem actione injuriarum teneretur, officium testi vel maximè esset damnosum.

9 Quartum dubium est, utrùm ille, qui alterum in Judicio alicujus criminis arguit, ejúsque existit accusator, injuriam irrogâsse censeatur, si illud probare nequeat, sed duntaxat asserat, se illud à viris fide dignis audivisse, aut ex communi fama compertum habere? quod absolutè affirmandum esse arbitror, ex fundamentali ratione, ut enim nemo ad accusationem alterius protervè prosilire debet, nisi sufficientem criminis habeat notitiam, *L. 4. Cod. de edend. L. fin. Cod. de probat.* sic, si illud non probat, injuriandi animus præsumitur. dict. *L. 1. Cod. de advocat. divers. Judic.* videatur Mathæus Colerus *decis. 161. n. 40.* Berlich. *part. 5. conclus. 65.* & ex professo Everhardus Speckanus *Centur. 2. class. 3. quæst. 7.* Nec assertionem turbat textus *in L. 4. Cod. ad leg. Cornel. de fals.* in quo utens falso rescripto à pœna falsi excusatur, si Auctorem, à quo illud ad se devolutum est, doceat, atque exhibeat; constat enim in contingentia atque serie facti, in illo textu contendi de innocentia rescriptô utentis, & quod justo errore lapsus produxisset, ut subnotant verba textui inserta, *si suam innocentiam &c.* si igitur dolo caruit tanquam fundamento falsi, perpetrâsse falsum censeri non debet, quod absque dolo committi non potest per textum *in L. 1. ff. ad Leg. Cornel. de fals.*

Alia hoc loco non inelegans suboritur quæstio, utrúm, quando quis 10 alteri coram in facie dixit, se esse tam honestum, tam bonum, tam nobilem, quàm ille, ad quem hæc verba fecit, actione injuriarum teneatur? Negativa est verissima, ratio est, quoniam per talem æquiparationem alteri neutiquam detrahit,

hit, sed potiùs æqualem & honestate & nobilitate eum reputat, eandemque, quam ipse possidet, attribuit æstimationem, supponit, atque fatetur, eum æque nobilem, honestum & probum esse: nomen quippe comparativum semper supponit positivum, ut liquet ex Responso Ulpiani *in L. ubi autem 75. §. usque adeò* in verbis: *quod bono melius, ipsum quoque bonū sit. ff. de verb. signif.* videatur Julius Clarus *sent. lib. 5. §. injuria. n. 28.* Mathias Berlich. *pract. conclus. 59. n. 7.* & plures relati ab Harprecht. *in §. 1. Inst. de injur. n. 135.* Quæstio huic est vicina, utrùm ille, qui verba adversùs alium effundit, quæ secundùm propriam significationem nil injuriosum, seu contumeliosum equidem, sed potiùs commendationem, & laudem involvunt, proferuntur tamen per Ironiam, & calumniandi animo, e. g. tu es bona mulier, aut te absente ait, es Advocatus eruditus, peritus Medicus, aut ingeniosus Philosophus, injuriarum actione possit pulsari? Affirmat post multos à se citatos laudatus Harprecht. *dict. loc. n. 137.* & affirmationis suæ rationem reddit, cùm in omnibus dictis & pronuntiatis non sit à verborū proprietate recedendum, *L. 69. ff. de legat. 3. L. ait prætor. 7. ff. de supellect. legat.* qui autem in despectum & alterius contumeliam hæc verba per Ironiam effundit, vel maximè ab eorum discedit propria significatione, ergò injuriam irrogâsse censetur. Conferantur relati à Mathia Berlichio *dict. part. 5. conclus. 2. quæst. 6. 32.*

Dubium ultimum materiam injuriæ verbalis claudit, an si quis verbis injuriosis protestationē præmittat, actionem injuriarum à se submoveat, e. g. si disserat, salvo honore tu mentiris, salvâ tuâ reverentiâ tu es fur, prædo, latro &c. & dubitandi ratio esse potest, quòd protestatio conservet Jus protestantis; sed nihil evincit ratio, quoniam protestatio facto vel actui alicui contraria solet esse inutilis, præsertim in hac contingentia, qua protestatio est verè Ironica, magis enim contumeliam auget, quàm minuit. *Cap. solicitudinem 54. Extra de appellat. Cap. gratum. 20. Extra de offic. & potest. Judic. deleg.* Secundò in illis, quæ certò sunt determinata à Jure, protestatio nullum sortitur effectum, est enim verò certa Juris dispositio, quòd verba ex natura sua injuriosa animum contumeliosum denotent, eóque proposito prolata intelligantur, ergò talis neutiquam poterit injuriam evitare, quam sententiam defendit Didacus Covar. *var. resol. lib. 1. cap. 11. n. 1.* Franciscus Duarenus *de acquir. hæred. cap. 3.* 11

Altera injuriæ divisio est in injuriam gravem seu atrocem, atque in levem; prior ex varijs conjecturatur circumstantijs, aut enim ex se est gravis, si fortè vulnus aliquod periculosum alicui est inflictum, aut augetur ex circumstantia loci, si injuria in Ecclesia, in foro, in theatro, 12

tro, vel loco publico, vel si omninò in conspectu Principis est illata, aut aggravatur à tempore, si nimirùm eo die alicui probra ingerantur, aut insultetur, quo nuptias celebrat: non minùs ratione statûs seu conditionis, cujus est persona injuriata, puta si plebejus personæ Curiali, seu hodie Senatoria dignitate præfulgenti, aut libertus patrono, filius patri injuriam irrogare audeat. Vide fermè in terminis §. 9. *Inst. de injuriis.* ibique interpretes, in specie Joannem Harprecht. Everhardum Speckanum *clas. 3. quæst. 9.*

13 Prænotata definitione, & divisione injuriæ, quæ actionis causa est, describenda venit ipsa actio, ejúsque subjectum tam activum, quàm passivum. Actio verò ista est duplex, alia Civilis, & alia Criminalis: Theodoricus *in Colleg. Crimin. cap. 2. aphor. 20.* Lauterbach *in disput. de injur. thes. 29.* Civilis denuò dividitur in pœnalem, & rei persecutoriam, quæ ultima est Actio Prætoria, personalis, famosa, annua, quâ injuriam passus petit, ut in pœnam pecuniariam à se signatam injurians condemnetur. §. 7. *Inst. de injur.* Lauterbach *ff. de injur. & famos. libell. thes. 29.* Amadæus Eckolt *ff. eod.* §. 8. Causa remota est injuria, proxima est obligatio.

14 Datur omnibus illis, qui patiuntur injuriam, non modò directè per semetipsos, sed etiam indirectè per personas suæ potestati subjectas. §. 2. *Inst. de injuriis. l. 1. §. 3. & seq. l. 15. §. 7. ff. eod.* potestas autem, cui alij subjiciuntur, vel est dominica, vel patria. Si igitur servo injuria infertur qua tali, & citra respectum ad dominum, eaque solummodò sit levis, non tenetur injurians actione prætoria, quæ ad vindicandam injuriam est præstituta, sed ob vilem personæ conditionem manet inulta, e. g. si servo quis convitium dixit, aut leviter percussit, *l. 15. §. 44. ff. hic.* secùs si sit gravis injuria, seu atrox, eam enim dominus vindicare potest, *l. 15. §. 35. ff. eod.* tametsi enim, inspecto Jure Civili, servus nullam habeat existimationem, secùs tamen est de Jure naturæ, de quo inhumanum nimis foret, tale facinus in servo commissum inultum relinqui. Si autem intuitu & respectu Domini injuria servo irrogetur, poterit Dominus proprio agere nomine, & injuriam persequi. *l. 15. §. 35. ff. eod.* At, cùm servorum nullus ampliùs apud nos sit usus, horum materiam & inde resultantes quæstiones intactas relinquo, de quibus vide text. *in l. 15. §. penult. l. 16. ff. hoc tit.*

15 Patriæ verò potestati subjecti sunt filijfamilias, in quos si injuria est commissa, adeò in patrem redundare præsumitur, ut tam proprio, quàm filij nomine actionem injuriarum movere possit. *l. 1. §. 5. ff. hoc tit.* hoc tamen in eo est subaudiendum sensu, ut injuriator in genere saltem sciverit esse filium familias, tametsi in specie, & determina-

tè compertum non habuerit, cujus sit filiusfamilias: secùs si patrem familias esse credidit, tunc pater proprio nomine agere nequit. *l. 18. §. 4. ff. hic.* Pariformiter si realis filio sit irrogata injuria, ex lege Cornelia filius agit solus, pater autem prætoriam quoque actionem movendi potestatem habet, *per text. express. in l. 5. §. 6. & 7. ff. hic.* Si verò absit pater, vel etiam quidem præsens, sed furore correptus sit, filius injuriam sibi impactam vindicat. *l. 16. §. 10. & 11. ac 13. ff. hic.* quin si liberis volentibus injuria foret irrogata, etsi his denegetur actio injuriarum, quoniam in volentes non cadit injuria, pater tamen agere potest contra injuriantem. *l. 26. ff. hoc tit.* ibi Glossa Brunneman. Joannes Harprecht. *in §. 2. Inst. de injur.* Hæ assertiones verò intelligendæ sunt de liberis, qui sunt adhuc in patria potestate, si enim forent emancipati, seu alio quovis modo à patria potestate liberati, atque injuriâ afficiuntur, parentes Masculi actionem contra injuriantem movere prohibentur. *l. 17. §. sed si pater ff. de injur.* Harprecht. & plures ibi relati *in §. 2. Inst. eod. n. 16.*

16 Unde notabile exsurgit dubium, utrùm pater injuriam filiofamilias illatam eô invitô remittere, atque injurianti condonare queat? Affirmativa opinio frequentiùs est recepta *per text. in l. 30. ff. de pact.* ibique Glossa, Bartol. Antonius Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 6.* Julius Clarus *lib. 5. sent. §. fin. quæst. 58. n. 22.* modò filij persona non sit honestior, vel augustior, eo enim casu patri remissio propter repugnantiam politicam est inhibita. Secundò non potest remitti à patre injuria filio irrogata, si est emancipatus, juxta prænotata superiùs requisita. Tertiò, si pro injuria non actio prætoria, sed ex Lege Cornelia est præstituta: ratio est expedita, quoniam hæc actio non patri, sed tantummodò quæritur soli filio. *l. lex Cornelia 5. §. illud 6. ff. hoc tit.* Nec actio à patre semel remissa à filiofamilias postea emancipato resuscitari, & adversùs injuriantem moveri potest, per sæpè adductam *l. 17. §. 12. ff. eod.* ubi Ulpianus ait: *vel quia remittit atque donat injuriam, magis est, ut filio detur.* Et ratio ulterior est, quia, ut injuria semel remissa recoli ampliùs non debet, *§. ult. Inst. hic.* sic actio extincta non solet reviviscere. *l. qui res §. aream 8. ff. de solut.* Dices: pater de bonis adventitijs filij nihil alienare, aut remittere potest. *l. 1. Cod. de bon. mater.* ergò nec poterit condonare injuriam filiofamilias irrogatam. Resp. Actionem injuriarum ante litis contestationem in bonis esse non censeri, per textum apertum *in l. injuriarum 28. ff. hoc tit.*

Secundò moveri potest hæc actio 17
ab illis, qui patiuntur injuriam indirectè seu mediatè, per personas affectioni suæ substantes, *l. 1. §. 3. & l. 15. §. 24. ff. hic.* Adamus Lautterbach.

bach.

bach. *in disput. de injur. thes. 18.* inter quas primò est uxor, cui injuria est illata, maritus quippe nomine proprio ratione injuriæ uxori impactæ agere potest. *l. 1. §. fin. & l. 11. §. 7. ff. hic.* quo in casu contingere potest, ut ex una injuria tribus aut quatuor personis actio injuriarum enascatur. E. g. Si maritus & uxor adhuc in sacris paternis constringuntur, injuria uxori illata ab utroque conjuge, & simul ab horum parentibus vindicari potest, *l. 1. ff. eod.* nec actio ab uno instituta alterius actionem movendam absorbet; *dict. l. 1. §. fin.* ad actionem verò marito concedendam deposcitur, ut injurians sciverit eam esse maritatam, si enim virginem, seu viduam esse crediderit, planè agere nomine proprio ratione injuriæ nequit. *l. 18. §. pen. & ult. ff. hic.* Secundò affectui subjicitur sponsa. *l. 15. §. 24. ff. de injur.* hoc tamen in passu notanter est advertendum, quod non, sicut injuria illata uxori in maritum redundat, ita irrogata marito in uxorem transfundatur, quia hæc quidem illius dignitate, non verò ille hujus coruscat: §. *2. Inst. de injur.* nisi fortè talis foret injuria, quæ utrique conjugi est communis, quando quis nimirum maritum appellavit Cornutum, *arg. l. 11. §. 8. ff. de injur.* tunc & uxor, cùm quoque illius suggilletur honor & fama, actionem injuriarum movere potest. cit. Adamus Lauterbach. *dict. disput. thes. 29.*

Aliud dubium ex superioribus subnascitur, utrùm ob injuriam Fratri, seu Cognato illatam alter Frater seu Cognatus agere queat? Sunt, qui accusationem criminalem inter & actionem Prætoriam distinguunt apud cit. Lauterbach. *thes. 20.* Priorem ab his quoque moveri posse, secùs posteriorem, contendunt Antonius Gomez. *var. resol. tom. 3. Cap. 6. à n. 6.* Matthias Berlich. *lib. 2. decis. 188.* aliique, quos recenset Joann. Harprecht. *in §. 2. Inst. de injur. n. 22.* Mihi tamen in Jure verior, ejusdémque rationi conformior esse videtur negantium assertio. Ratio præ cæteris eminens est, quoniam juxta textum *in l. 1. §. 3. ff. hic.* duplex solummodò est radix, ob quam injuria alteri irrogata nos quoque tangere creditur, ejúsque nomine actionem movere possumus, potestas nimirùm, & affectio: in potestate nostra fratres, reliquíque cognati non sunt, affectus autem levior est, quàm ut injuria eis illata ad nos pertinere censeatur; si quivis enim hoc in passu sufficeret affectus, atque necessitudo, quivis fermè propter injuriam alteri illatam agere posset, cùm natura omnes homines arcta necessitudine, & cognationis nexu constrinxerit, adeóque leges patri, marito, ut injuria filio, uxori illata vindicetur, aliísque personis actionem injuriarum expresè largientes, verbis potiùs quàm rebus essent latæ: ex ulteriori ratione, quia, quæ singulari Jure certis sunt da- 18

data personis, ad reliquas non sunt extendenda, *l. 14. ff. de legib.* partim quòd, si pater filios suos è potestate dimiserit, iique injuriam sint passi, eorũ nomine agere nequeat, ergò non affectus qualiscunque sufficit, ut ex injuria alteri illata alicui nascatur actio, sed talem esse oportet, qui Jure ad hunc finem est deputatus: partim denique, qui fratrem Domini directi occidit, amissione feudi non mulctatur, cùm hæc injuria ad Dominum pertinere non credatur: *feud. 2. tit. 1. & 2.* ergò injuria fratri illata non transfunditur in alterũ fratrem. Perez. *Cod. de injur. n. 12.* aliique relati ab Harprecht. *in §. 2. Inst. de injur. n. 24.*

19 Opponitur ante dictis. *L. L. Cornelia 5. ff. de injur.* in qua ille, qui arctiore cognatione, affinitate, aliáve necessitudine actionem injuriarum moventi conjunctus est, prohibetur esse Judex, ergò asserendum videtur, injuriam, uni ex conjunctis illatam, alteri quoque irrogatam esse censeri. At non deducitur legitima consequentia ex consimili prohibitione, ratio est, quia non ideò à functura officij conjunctus submovetur, quòd injuria ad illum pertineat, sed quia ob arctum necessitudinis vinculum suspectus esse præsumitur. *l. qui Jurisdictionem 10. ff. de Jurisdict. l. 3. l. penult. ff. de test. l. 5. Cod. eod.* ex quo principio igitur fluit, Magistratum injurias suis subditis impactas vindicare haud posse, siquidem, sicut ex actibus cum alijs gestis nulla nobis subnascitur actio, *l. 11. ff. de oblig. & act.* ita nemo alienæ litis existit defensor absque mandato, vel satisfactione. *l. 46. §. qui alium. ff. de procurat. l. 110. ff. de R. I.*

Ex his igitur deducitur, Civitates, & Universitates non posse movere actionem injuriarum propter contumeliam alicui civi, seu Universitatis membro illatam, nisi ea ex singulari aversione, & concepto odio contra civitatem seu Universitatem, aut ipsam Rempublicam sit perpetrata. Videantur adducti Consulentes apud Joann. Harprecht. *in §. 2. Inst. de injur. n. 33.* 20

Inter personas injuriam patientes nullum est subjiciendum discrimen, utrùm sint doli capaces, aut etiam rationis usu destituti, etiamsi enim infantes, furiosi, aliæque id genus personæ nemini injuriam intorquere queant, pati tamen ab alijs possunt. *l. 3. §. 1. ff. eod.* Pariformiter nullum est supponendum discrimen notum inter, & ignotum, si enim lacessitur ignotus, æquè ac notus injuriâ afficitur. *l. 18. §. 3. ff. eod.* quin si quis errore lapsus autumaret se lacessere Cajum, cum Lucium impetat, nihilominus Lucius agere potest contra injuriantem, animus enim injuriandi errori præfertur, quemadmodum haud obscurè desumitur ex *l. 18. §. 3. ff. eodem.*

An-

21 Anceps quæstio suboritur, utrùm injuriarum actio habeat locum, si cadaver infestatum, ossa effossa, & absque licentiâ Superioris in alium translata locum, aut statuæ & Epitaphia læsa, abrasa, vel submota sint? quod intrepidè affirmo per text. *in l. 1. §. 4. & 6. ff. hoc tit. l. 8. ff. de religios. & sumpt. funer.* Confirmatur doctrina Pauli *in l. 27. ff. hoc tit.* asserentis: *si statua patris tui in monumento posita saxis læsa est, sepulchri violati agi non posse, injuriarum posse.* Voluntariè tamen injuriam admittentibus hæc actio non est concessa. *l. 1. §. 5. ff. eod.* Ratio est per se manifesta, quia injuria necessariò debet continere læsionem Juris alieni, læsionem autem non patitur, si consentiat ille, cujus est: talis tamen persona, quæ alienæ substat potestati, suo consensu Domino, aut patri præjudicare nequit, minùs actionem injuriarum, saltem suo nomine instituendam auferre. *l. 1. §. 5. l. 26. ff. hîc.*

22 Cùm autem forma injuriæ solidetur in dolosa famæ, & existimationis læsione; absque dolo enim, & contumelioso animo injuria irrogata esse non intelligitur, *l. 3. §. 1. ff. eod.* exinde infertur primò, quòd Magister castigandi & emendandi animo discipulis verbera impingens, actione injuriarum non teneatur, *l. 15. §. 38. ff. hic.* nisi correctionis terminos excesserit, quo casu actione legis Aquiliæ pulsandus venit. *l. 5. §. fin. ff. ad leg. Aquil. l. 13. §. 4. ff. locati.* Infertur secundò, quòd nec Ecclesiastes injuriarum actione obstringatur, si in depravatos sæculi hujus mores animadvertat, eósque atro notet carbone, nisi officio suo abutatur, & locô verbi divini probra è suggestu spargat. Recess. Imperij *1530. §.* haben wir ꝛc. Infertur tertiò, nec eum injuriarum actione posse conveniri, cui per iocum & inconsiderantiam probra sub labijs nota excidunt, *l. 3. §. 3. ff. de injur.* aut si Astrologus consultus ex manuum lineamentis alicui sinistrè aliquid respondet: e. g. sepulchrum, patibularium prædicit, nec enim consulentis honorem lacessere, sed potiùs artis suæ specimen dare voluit. *l. 15. §. 13. ff. eod.* Infertur quartò, quemadmodum Magistratus actione injuriarum non tenetur, si quid ex necessitate officij severiùs statuat; quod enim reipublicæ causâ, & pro conservatione bonorum morum statuitur, etsi per accidens in contumeliam alicujus pertingat, non tamen injuria facta esse censetur, cùm in Magistratu injuriandi animus deficiat, *l. 3. ff. eod.* nisi modum sui officij excedat, tunc enim, si fiduciâ suæ potentiæ alios lacessat, actioni Injuriarum non eximitur: *l. 32. ff. eod.* ita, si maritus uxori salutaria impingat verbera, non contumeliâ eam afficiendi animo, sed ad improbitatem oris retundendam facere intelligitur, eámque ob rem non tenetur actione injuriarum. Hæredibur verò agentium, si ante litem contestatam decesserunt, non

datur, ratio est, quia meram spirat vindictam, quam defunctus in supremo vitæ halitu remisisse præsumitur. *l. 13. l. 15. §. 14. ff. hoc tit. l. 1 §. 1. ff. de privat. delict. l. 2. §. 4. ff. de collat.* hinc ante litis contestationem non præsumitur esse in bonis, nisi judicio semel sit inclusa, exinde enim & hæredibus daretur. *l. 28. ff. de injur.*

23 Dubium ex præmissis suboritur, utrùm, quãdo injuria fuit illata Collegio, atq; ejus Assessores seu membra sunt extincta, hæc actio Successoribus indulgeatur? & ratio dubitandi assumitur à paritate cum hæredibus illius, qui injuriam est passus, queis deducto modo hæc actio denegatur, ergò membris Collegij defunctis, pariter exspirabit. Sed non est paritas quoad hanc particularem circumstantiam, actio enim injuriarum hoc in passu Collegio est acquisita, quod non moritur, aut esse desinit, etsi ejus membra mutentur, per subrogationem námque aliorum Assessorum restauratum esse censetur per ea, quæ graphicè & notanter describit ICtus Alveus *in l. proponebatur 76. ff. de Judicijs.*

24 Porrò subjectum passivum hujus actionis sunt illi, qui injuriam, seu contumeliam irrogârunt, *cit. l. 13. & l. 15. §. 14. ff. hoc tit.* non verò eorum hæredes. *per text. modò cit.* Contra parentes, aut patronos pariter denegatur. *l. 7. §. 3. l. 11. §. 7. ff. hoc. tit. l. 2. ff. de obseq. parent. & patron. præst.* Si verò injuria foret atrox, filius suus nihilo magis, benè autem emancipatus actionem movere potest. *dict. l. 7. §. 3. ff. eod.*

Objectum hujus actionis est injuriæ ab Actore facta, determinatáque æstimatio, §. *10. Inst. de injur.* quamvis enim nec fama, nec læsio recipiat æstimationem, ne tamen improbitas & petulantia injuriantium grassetur impunè, inultáque vagetur, indulsit Prætor, ut quis possit taxare injuriam, cui tamen æstimationi neutiquam tenetur Judex absolutè stare, sed eandem moderari potest. §. *7. Inst. de injurijs.* unde tali modo, & forma hæc æstimatio fieri poterit, ut Actor primò suam taxet injuriam. Secundò, Judex, si exorbitare advertat, moderetur. Tertiò, Actori Juramentum injungatur, quo tanti injuriam æstimare asseveret, & quidem eo tempore, quo erat illata, *l. 21. ff. hoc. tit.* ne inde absurditas resultet, si fortè homini plebejo, qui postea ad Consulatum est evectus, illata injuria tanti æstimatur, quanti, si irrogata foret tempore litis contestatæ, quo dignitate præfulget. Ad hoc verò, ut hæc actio ritè in Judicium deducatur, debet actor specialiter exprimere, qualem sit passus injuriam, quin locum & tempus, quo injuria est illata, determinare debet. *l. 7. ff. de injur.* Si tamen plures injuriæ forent illatæ, nullatenùs secerni, sed omnes eodem libello cumulari possunt, & debent. *l. 7. §. 5. ff. eod.* Glossa, ibi Bartol. Brunnemá. *in cit. l.* Hac verò actione condemnatus pœ-

nam in sententia determinatam, & expressam præstare tenetur, simul ac ex natura actionis infamiam incurrit. *l.1.§.ult.ff.de his.qui not.infam.* Joã.Harprecht. *in §.10.Inst.de injur. à n.93.* Wolffgang. Adamus Lauterbach. *disput. de injur. thes. 31.* ultra tempus annale ejus vita non porrigitur. *l. 5. Cod. de injur.*

27 Altera, quæ intuitu illatæ injuriæ datur, est actio descendens ex lege Cornelia, *l. lex. Cornel. 5. & l. 37. §. 1.ff. hic.* & vindicat sibi locum in tribus casibus, si quis se pulsatum, verberatum, aut domum suam vi introitam esse queratur, *dict. l. 5. & l. 37. §. 1. ff. eod.* in quo differt ab actione prætoria superiùs exposita: distat pariter secundò, quoniam hæc civilis, & ex legitimis constitutionibus ortum est sortita, illa ex edicto prætorio defluit. Tertiò, pœna in actione legis Corneliæ major solet esse, extendique potest ad pœnam exilij, ut scribunt relati ab Harprecht. *in §. 7. Inst. de injur.n.18.* Quartò, actio legis Corneliæ non datur patri, si filius injuriam sit passus. *dict. l. 5. §.6. ff.eod.* Conferantur, qui recesentur à Matthia Berlichio *pract.conclus.part.5. conclus.59.n.84.* Ultimò dissident, quòd hæc actio sit perpetua, prior verò solummodò sit annalis, ut exponunt Hartmannus Pistorius *part. 4. quæst. 20.* Reinhardus Bachov. *in Treut. vol.2.disput.30.thes.ult. lit. E.* Brunneman. *in cit. l. 5.*

ACTIO

Recantatoria, sive Reclamatoria ad Palinodiam.

SUMMARIUM.

1. Subjicitur tertia actio ratione injuria competens.
2. Utrùm hæc actio competat, si contumelia fuerit scripta.
3. Adversùs quos hæc actio competat?
3. Utrùm ille, qui ob aliud delictum ad mortem est condemnatus, teneatur recantare?
5. Annotatur objectum hujus actionis.
6. Quo loco, & formâ recantatio fieri debeat?
7. Quid, si reus contumaciter absit?
8. Quando locum habeat accusatio criminalis?
9. Utrùm etiam ob levem injuriam accusatio criminalis institui possit?
10. Quot modis injuria submovèatur?
11. Per retorsionem aboletur injuria?
12. Quid requiratur, ut actio injuriarũ infringatur per retorsionem?

13. Quibus modis actio injuriarum submoveatur, si jam est nata.
14. Tollitur actio injuriarum deprecatione.
15. Extinguitur actio injuriarum morte & praescriptione.
16. An actio pro injuria scripta competens extinguatur praescriptione annua.
17. An annus actioni injuriarũ praefixus sit utilis, vel continuus?

1 UNdecima hujus septimae Digestorum partis, & tertia injuriarum actio est, quam moribus invexêre, ac passim Recantatoria à vocabulis *re* & *canto* nuncupari consueta est: quae vocabula nihil aliud denotant, quàm convitia in aliquem contumeliosè effusa revocare; appellatur quoque reclamatoria adPalinodiam. Re ipsa tamen nil aliud est, quàm actio personalis, Civilis, rei persecutoria, perpetua, qua injuriam verbalem passus agit adversùs injuriantem, ut dicta seu dicteria famosa reclamet, atque injustè à se prolata judicialiter fateatur: personalis actionis naturam induit, quoniam descendit ex delicto, adeóque ex obligatione: Civilis verò vocatur ratione causae efficientis, originẽ enim suá consecuta est ex moribus, seu consuetudine, quae pars Juris civilis esse assolet: *l. ff. de legib.* rei persecutoria autem, quia persequitur id, quod abesse videtur, videlicet laesam existimationem. Carpz. *pract. rer. criminal. part. 2. quaest. 94.* Gaill. *pract. quaest. lib. 1. obs. 65.* & alij relati à Lauterbach. *disput. de act. recant. thes. 4.* Causa ejus remota est injuria verbalis, proxima est obligatio. Nec tamen omnis injuria verbalis protinùs est causa remota, si enim talis est effusa injuria, quae non laesionem famae, sed corporis seu sensuum vitium respicit, adeóque injuria duntaxat ad contemptum collimat, ex simili injuria haec actio non consurgit. Ratio est, quia non ad recantationem, sed ad Christianam deprecationem agitur, eapropter si quis alteri corporis defectus objecerit, claudum, surdum, caecum, gibbosum nominando, sive tales defectus sint veri, sive falsi, neutro casu locum habet recantatio; non priori, quia contra veritatem rei se mendacij arguere nequit; nec posteriori recantatio quidquam confert, siquidem per se patet, injuriantem falsum protulisse, ergò ad deprecationem, non recantationẽ compelli debet. Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quaest. 97. n. ult.* deposcitur ergò ad nativitatem hujus actionis, ut talis injuria verbalis sit irrogata, quae adversùs bonos mores, & ad infamiam alterius sit ordinata. Adamus Lauterbach. *in disput. de act. recant. thes. 11.*

Non tamen refert, utrùm sit scriptô, aut viva voce effusa, modò de doloso injuriandi animo constet, sine dolo enim nulla nascitur injuria. *l. 5. §. 9. ff. hic.* Dolus autem re- 2

regulariter præſumitur, ſi verba, aut ſcripta per ſe ſint injurioſa, ſecùs ſi ſint dubia, tunc in partem meliorem quippe ſunt interpretanda. *cap. fin. extra de præſumpt.* Subjectũ activũ hujus actionis ſunt perſonæ, quêis competit: datur autem omnibus illis, quorum fama & exiſtimatio adorta, & proſcindi attentata eſt, eorúmque hæredibus, ex ratione, quoniam hæc actio perſequitur reparationem famæ, quæ vulgi opinione læſa cenſetur, & tametſi injuriatus perierit, durat tamen ejus fama, quam reparari non defuncti modò, ſed & hæredum intereſt. Sunt equidem Authores, qui autumant hanc actionem ante litis conteſtationem non dari hæredibus Actoris, quos inter eſt Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæſt. 96. n. 26.* ubi præjudicium ſubijcit: contrariũ tamen verius eſſe arbitror, & quidem ex duplici ratione, quoniam regulariter omnes actiones, utut ex delicto deſcendant, hæredibus actoris conceduntur, ſi ſpecialiter non ſint exemptæ. *l. 1. ff. de privat. delict. §. 1. Inſt. de perpetuis & tempor. act.* Secundò, hæc actio nullatenùs tendit ad vindictam. Conferatur Harprecht. *in §. ult. Inſt. de perpet. & temp. act. n. 82.* Lauterbach. *in diſput. de injur. theſ. 21.* Quodſi defuncto, ſeu ejus cadaveri facta eſt injuria, hæredes non transmiſſo, ſed proprio nomine vindictam ſumunt. *l. 1. §. 6. ff. hic.* quam actionem movere poſſunt quoque perſonæ fictæ, quales ſunt Collegia, Univerſitates, cæteráque corpora. *l. 7. §. 1. ff. quod quis univerſ. nom.* allegatus Lauterbach. *dict. diſput. n. 23.*

3 Subjectum paſſivum conſtituunt illi, adversùs quos hæc actio competit: indulgetur verò contra illos, qui immediatè injuriam dixêre, atque non minùs contra eos, quorum ope & conſilio irrogata eſt injuria, *§. 11. Inſt. hìc. l. 11. §. 3. l. 15. §. 8. ff. eod.* quod quis enim per alium facit, juxta communem regulam, per ſe ipſum facere cenſetur. *l. 152. §. 1. l. 169. ff. de R. I.* Plures ſi ſint, omnes obſtringuntur in ſolidum, tot quippe ſunt injuriæ, quot perſonæ eas effutientes. *l. 34. ff. de injur.* Nec interponitur diſcrimen inter perſonas, utrùm nobiles, ſeu ignobiles ſint, quia non ad ultionem, ſed perſecutionem intereſſe partis offenſæ collimat. Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæſt. 96. n. 13.* Jungantur allegati à Matthia Berlichio *part. 5. concluſ. 62. à n. 32.* quos ſequitur Wolffgangus Adamus Lauterbach. *in diſput. de act. recant. theſ. 25.* Porrigitur etiam contra Communitatem, Univerſitatem, atque integrum Senatum, modò communicato conſilio, deliberatóque animo omnium membrorum conſenſu injuria fuerit effuſa. Vide longo ordine relatos apud Joann. Harprecht. *cit. loc. à n. 20.*

4 De illo dubitatur, qui actione recantatoria conventus, ob aliud fortè delictum ad mortem eſt condemnatus, utrùm nihilominùs tenea-

neatur revocare? Ego haud dubito, ratio est, quòd per pœnam corporis afflictivam Judici, & Reipublicæ satisfiat, non verò quoad rei persecutionem parti adversæ. Conferantur relati à Lauterbach. *dict. loc.* Non minùs ambigitur de hærede injuriantis, an ille hac actione possit pulsari? & quidem si lis est contestata, juxta regulam Juris, quòd omnes actiones post litis contestationem ad hæredes transmittantur, non dubitant Authores apud Lauterbach. *dict. loc.* quin & hæc transeat.

Si verò injurians, antequam hac actione sit conventus, mortuus est, in ejusdem hæredes, contra communem, non dari arbitror, ex fundamentali ratione, tum, quoniam ex delicto descendit, & quidem tali, quod patrimonium delinquentis non auget, consequenter ad hæredes nihil pervenire potest, tum autem, & quidem præcipuè, quia recantatio injuriæ per eum, qui irrogavit, personaliter, nec per procuratorem fieri potest, quæ autem personaliter ad effectum reduci debent, non possunt per hæredes præstari. *l. unic. §. nec autem. Cod. de caduc. toll.* Ob quam ultimam rationem juxta superiùs dicta existimo cum relatis à Matthia Berlichio *dict. conclus. n. 25.* nec post litis contestationem ad hæredes injuriantis transire. Addatur præjudicium apud Christophor. Richter. *part. 1. decis. 55. n. 22.*

8 Porrò objectum hujus actionis est fama, & existimatio verbis injuriosis opinione vulgi quasi proscissa, cujus reparatio petitur ab Actore: non potest equidem fama lædi, nisi Authoritate Juris, sed continuò probitate morum conservatur, si tamen contumeliosa in aliquem sint effusa convitia, apud vulgus macula contrahitur. Lauterbach. *in disput. de act. recant. thes. 28.* Unde quoque concluditur, hanc actionem per superiùs adducta esse merè rei persecutoriam & civilem, si recantatio fit nudis verbis, si verò alicubi inducta foret consuetudo, aut omninò suppositum statutum, vi cujus præter verba reus jubetur os palmâ verberare, facem ardentem manu gerere, seu ligno ignominioso insistere, tunc partim civilem, partim verò criminalem esse arbitror, quoniam non præcisè tendit ad reparationem famæ, sed etiam ad coërcitionem. Qualiter verò efformetur libellus, simul ac recantandi formula huic actioni subserviens, videri potest apud. dict. Lauterbach. *dict. disput. thes. 31.* quam posteriore sequentibus verbis concepit: Ich Titius bekenne hiemit öffentlich / daß ich an all denjenigen / so ich Sempronio Ehren-rührig nachgeredt / zuviel und unrecht gethan / und demselben nichts änderst / als was zu Ehren dienet / und einem ehrlichen Mann wohl anstehet / zumahlen gezimet / nachzusagen weiß / thue demnach solches alles öffentlich revociren und widerruffen.

6 Fieri autem oportet in loco publico, & quidem in propria persona, non per procuratorē. Berlich. *part. 5. conclus. 62. n. 53. & seq.* quòd si verò Reus adeò pertinax perduret, ut neutiquam injurias vellet revocare, simul ac præsens esset, tunc compellendus juxta respectum, & qualitatem personæ carcere, vel pecuniariâ pœnâ. Daniel Molerus *semest. lib. 1. cap. 23. à n. 1.* Matthias Berlich. *dict. conclus. n. 36.* quos sequitur Lauterbach. *dict. disput. thes. 35.* qui ulteriùs docet, si incarceratus pertinaciam continuaret, pœnam esse exasperandam, eúmque pane & aquâ cibandum, qui si adhuc proterviùs resistit, præsente & audiente injuriante, lictor, seu subinde quoque carnifex assumitur, qui locô rei injurias recantet, quemadmodū attestatur Benedict. Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 94. à n. 25.* Matthias Berlich. *part. 5. conclus. 62. n. 37.*

7 Quòd si verò Reus contumaciter sit absens, sub pœna pecuniaria citatur, ut compareat, & effusam recantet injuriam, cui si non paret, atque studioso fastu imperium Judicis negligit, sententia, qua ad Palinodiam est condemnatus, in loco Judicij, seu commissæ injuriæ, vel denique domicilij publicè affigitur, atque fama juxta opinionem vulgi læsa vi hujus affixionis reparatur, de qua procedendi praxi attestantur Matthias Berlich. *pract. conclus. 62. n. 37.* Benedict. Carpzov. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 64. n. 26.* Infamiam Juris probabilissimè hæc actio non irrogat, ratio est tum, quia nullibi id est expressum, adeóque absque lege præsertim in re odiosa id non est asserendum: tum verò, quia, quod in alijs delictis præstat condictio, id in injurijs verbalibus præstat hæc actio recantatoria: constat autem *ex l. 36. ff. de oblig. & act.* quòd condictiones, tametsi consurgant ex famosis caussis, non infament. Joannes Harprecht. *in §. 10. Inst. de injur. n. 109.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 94. n. 65.* & plures relati ab Adamo Lauterbach. *in disput. de act. recant. thes. 37.* quamvis autem famam de Jure relinquat illibatam, existimationem tamen apud graves viros comminuit, nec enim adeò decorum videtur, se ipsum mendacij arguere.

8 Ultimum remedium, quod pro coërcendis injuriantibus est proditum, accusatio criminalis prostat, qua petitur, ut injurians extra ordinem puniatur, quemadmodum enim ex cæteris delictis duplex enascitur actio, una civilis, altera verò criminalis, ita quoque ex commissa injuria: in priore actione petit actor, ut reus condemnetur in summam ab Actore taxatam, quamvis Judex in hac contingentia prætensionem, interposito moderamine, levigare queat; criminali verò accusatione postulat, ut reus extra ordinem vel ad mulctam fisco, Magistratuíque applicandam, aut ad pœnam corporis afflictivam sustinendam condem-

ne-

netur. Secundò distat, quòd actio civilis vel per ipsum actorem, vel alium proponi possit, *l. 11. §. 2. ff. hìc.* accusatio criminalis autem ob periculum subscriptionis per procuratorem institui nequit, exceptis viris illustribus, quêis per Procuratorem accusationem proponendi est impertitum privilegium. *l. fin. Cod. de injur.* llud Iprobè est subnotandum, quòd una ex his actionibus electa alteram absorbeat; ratio est, quia utraque collimat ad vindictam, adeóque ad unum, eundémque finem. *Arg. l. 34. & 41. §. 1. ff. de oblig. & act.*

9 Ultimum materiam, & has actiones concernens claudit dubium, utrùm etiam ob levem injuriam accusatio criminalis moveri possit? Dubitandi rationem subministrat *text. in l. 1. ff. de extraord. crim.* ubi species delicti graviores duntaxat recensentur, ex quibus extra ordinem in reum licet animadvertere, ergò levis injuriæ causâ non licet ad accusationem criminalem protervè prosilire. Sed exactè ponderato textu, hæc non est sententia; quoniam in textu non affirmatur, ratione injuriarum levium extraordinariè animadverti non posse, sed solùm deciditur, ob injurias & delicta graviora pœnam posse exasperari, quòd verò ob levem quoque injuriam criminaliter agi possit, sat liquet *ex §. 10. Inst. de injur.*

10 Injuria duplici submovetur modo, aut enim ab initio impeditur, quo minùs in effectu nascatur, ut contingit in dissimulatione, quando ille, cui injuria fit, eam contemnit, nec in animum revocat. *l. ult. ff. de injuriis. l. 11. § 1. ff. eod.* quemadmodum autem sola taciturnitas haud sufficit absque alijs indicijs & adminiculis, qualia sunt, si cum injuriante ludas, amicè bibas, aut cœnes, modò non ad alium fiant finem tales actus familiaritatis, fortè quia honoris gratiâ per injuriatum omitti nequeunt, tunc enim injuria remissa non censetur, videatur post Joann. Fabrum Schneidewin, & alios Harprecht. *in §. fin. Inst. de injur.* ita sola deprecatio ad tollendam non sufficit injuriam, e. g. si quis pugnis ab altero exceptus acclamat, ut desistat, per talem deprecationem injuria non aboletur, tametsi percutiens sub hac conditione à verberibus desistat, ut injuria irrogata ei remittatur. De injuria graviori, qua fortè membrum alicui fuit ruptum, ambigunt non pauci, an illa dissimulatione possit aboleri? Dubitandi rationem subijciunt, quòd membra nostra dominio nostro non subjiciantur. At non est efficax ratio, tametsi enim licentiam & facultatem nemini dare possimus, ut in membra & corpus nostrum desæviat, post acceptum tamen damnum jure nostro cedere haud impedimur.

Secundò impeditur potiùs, quàm jam nata submovetur injuriarum actio per Retorsionem; est autem Retorsio vindicatio, qua injuria verbali affectus, refundendo verbis inju- 12

juriā in afficientē, honorem defendit. Struv. *de vindict. privat. Cap. 10. aphoris. 5.* ratio autem, cur actio injuriarum per retorsionem præpediatur, est, siquidem hæc actio ad duo tendit, primò, ut honor noster defendatur, secundò, ut injuriantis petulantia coërceatur, utrumque hoc sortimur per retorsionem. Videatur Perez. *in Cod. de injur. n. 10.* Berlich. *part. 5. Conclus. 64. n. 38.* Struv. *de vindict. priv. cap. 10. aphoris. 12.*

12 Ad hoc verò, ut injuriarū actio infringatur, requiritur primò, injusta antecedat offensio, si enim Jure quis alteri litem movet, nullus est retorsioni locus. Secundò, ut hæc offensio sit verbalis, in reali enim magis injuria accumulatur, quàm honor defenditur. Tertiò requiritur, ut hæc retorsio in continenti & statim fiat, ne, si ex intervallo contingat, vindictæ involvat speciem. Quartò denique, ut non egrediatur terminos inculpatæ tutelæ, adeóque talibus oportet esse adornatam verbis, ut appareat, non ad alium collimare finem, quàm ad contumeliam arcendam, unde si quis mihi furtum objiciat, ego retorquendo subjiciā, quòd mentiatur ut infamis, adulter, seu homicida, hæc retorsio legitima non est, quoniam præter mendacium crimen adulterij ei objicitur Videatur Cothman. *vol. 2. respons. 59. à n. 154.* Mynl. *cent. 5. obs. 17.* & latè differens Struv. *de vindict. privat. Cap. 10.* qui specialiùs retorquendi modos, & formulas describit. Porrò hæc retorsio non solùm fit verbis, sed & scriptis, quando nimirùm injurianti libellus retorsionis transmittitur, ad cujus veram rationem deposcitur primò, ut in eo nomen illius exprimatur, qui contumeliam irrogavit. Secundò, ipsa illata contumelia cum omnibus circumstantijs loci, & temporis. Tertiò debet inseri ipsa retorsio, atque postremò nomen illius, qui libellum retorsionis mittit. Potissimùm verò solet adhiberi Notarius, ut hic assumptis testibus commissum sibi libellum contumeliam inferenti tradat, atque ejus responsum impensè notet, ac super toto actu publicum conficiat instrumentū. Conferatur Berlich. *part. 5. Conclus. 64 n. 36.* Harprecht. *in §. 12. Inst. de injur. n. 212.* Struv. *de vindict. priv. Cap. 10. aphoris. 11.*

Si autem actio injuriarum jam est 13 enata, pariter varijs extinguitur modis, & primò quidem, si reus injuriato satisfacit pro injuria illata, per tradita Ulpiani *in l. 17. §. 5. ff. hic.* quæ satisfactio aut jurejurando fieri potest, si reus juret, se nihil animô injurandi dixisse, vel fecisse, *l. lex Cornelia §. hac lege ff. eod. l. 3. §. 1. ff. de Jurejur.* Gaill. *lib. 2. obs. 106.* Speckhā. *Cent. 2. class. 3. quæst. 4. n. 37.* aut pacto, transactionéve, quemadmodum desumitur ex verbis Ulpiani, *in l. non solùm 11. §. 1. ff. de Jurejur.* asserentis: *proinde si pactum de injuria intercessit, & si transactum, & Jusjurandum exactum sit, actio injuriarum non tenebit.* Vultejus, Schneidevv. Har-

 precht.

precht. *in §. 12. Inst. de Injur.*

14 Secundò aboletur actio injuriarũ deprecatione, qui modus moribus est inductus, fitq; si reus fateatur, quòd de adversarij famâ & honore benè sentiat, ac dicta revocet, quæ inconsulto animi calore effusa sunt, quod eo præcipuè admittitur casu, quo irrogata est injuria verbalis, aut levis contumelia, quæ contemptum magis, quàm denigrationem respicit; de hoc modo superiùs abundè fuit dictum.

15 Ultimò absorbetur actio injuriarum morte, & præscriptione annua, & quidem per mortem tam offensoris, quàm offensi. *l. 13. ff. hoc tit.* Circa præscriptionem dubium subnascitur primò, utrùm tam actio civilis, quàm prætoria annali tempore submoveatur, id quod contendit Joann. Jacob. Wisenbach. *Inst. de injur. n. 18.* Etsi hæc opinio multum æquitatis involvat, de rigore Juris vix poterit defendi, siquidem tritissima est Juris Regula, quòd actiones personales Civiles non nisi decursu 30. annorum aboleantur. *l. unic. §. 1. Cod. de annal. except. l. 2. Cod. de constit. pecuni.* Julius Clarus *in §. iniuria. n. 9.* Fachinæus *lib. 9. cap. 7.* Vinnius *in § final. Inst. de iniur.* Confirmatur hæc assertio *per l. 5. Cod. h. t.* in qua expressè de actione ob injuriam verbalem competente dicitur, eam anni excursu submoveri, ergo actio civilis pro injuria atroci præstituta in perpetuum protenditur: cùm igitur Jus sit clarum, certum, & indubitatum, quòd actiones Civiles non alia submoveantur præscriptione, quàm 30. annorum, nec textus reperiatur, per quem hæc actio injuriarum excipiatur, standum erit Juri indubitato.

Alterum, quod subsequitur, dubium est, an quoque injuria scripta spatio unius anni aboleatur? Negat post Wesenbec. *in parat. hoc tit. n. 13.* Andr. Gaill. *lib. 2. obs. 104. n. 4.* actionémq; pro injuria scripta perpetuam esse defendit, cujus ratio est, quoniam scriptura perpetuò loquitur. At mihi hæc non sufficit ratio, siquidem, quando alicujus honor & existimatio publicè objecto probro est lacessita, sinistra fama semel diffusa per ora hominum quoque semper loquitur, & tamen injuria irrogata anni spatio absorbetur, ergò par utrinque pugnat ratio. Quòd si verò injuria scripta transiret *in famosum libellum, non nisi* spatio 20. annorum perimeretur, ratio est, quia famoso libello est præstituta accusatio, quæ non defluit ex edicto prætorio, sed constitutione Juris Civilis, adeóque intra metam à Jure prætorio præfixam nequit constringi. Fachin. *lib. 9. cap. 9.* Wisenbach. *disput. ad ff. 30. thes. 31.* & alij passim. Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 65.* 16

Postremum hæc materia recipit dubium, utrùm annus actioni injuriarum præfixus sit utilis, an verò continuus? Prius præplacet ex ratione, quoniam in varijs locis, in quibus Prætor de anno loquitur, de utili 17

est

est subaudiendus, *l. 1. & l. 6. ff. de calumniat. l. 19. § ult. ff. de adil. edict. l. 1. in princ. & l. 39. ff. de vi, & vi armat. l. 1. §. 3. ff. si mulier vent. nom. in possess.* ergò etiam in nostro casu erit intelligendus de anno utili, non verò continuo. Confirmatur assertio exemplo cæterorũ titulorũ ff. quæ hunc *de iniur.* proximè præcedunt, in quibus quoque proponuntur actiones prætoriæ ex delicto ortum habentes, quæ omnes anno utili circumscribuntur, ut *in l. 1. in princ. ff. si is qui testamento liber esse. l. 2. §. 13. ff. de vi bon. rapt. l. 1. in princ. ff. de incend. ruin. naufrag.* ergò verisimile est, etiam de actione injuriarum hoc sensisse Prætorem, aliàs Actori sæpenumerò non fuisset consultum, si fortè aliquando seriùs contumelia in notitiam pervenisset.

Nec obstat textus *in l. 5. Cod. de iniur.* in quo annus actioni injuriarum præfixus ex eo labi incipit, quo facta erat injuria: quia in casu dictæ legis injuria facta erat præsenti, adeóque ignorare non potuit, sibi illatam non esse.

ACTIO

De Sepulchro violato.

SUMMARIUM.

1. *Quæ sint Crimina extraordinaria?*
2. *Quêis Jus accusandi competat?*
3. *Qualiter puniantur sollicitatores alienarum nuptiarum?*
4. *Enumerantur aliæ Species Criminum extraordinariorum.*
5. *Quid sit Scopelismus?*
6. *Quid sit diffidatio?*
7. *Quid sit Crimen violati sepulchri, & quibus modis fiat?*
8. *Quatenus hoc crimen committatur in ipso cadavere?*
9. *Enarrantur pœnæ in violatores sepulchri à constitutionibus civilibus determinatæ.*
10. *Describitur remedium Prætorium.*
11. *An pœna sit inter fiscum & actorem dividenda?*
12. *Utrùm hæc actio accusationi faciat præjudicium?*

1 DUodecima est Actio de Sepulchro violato. Delicta, seu Crimina alia esse nominata seu ordinaria, alia innominata seu extraordinaria, aliunde liquet, nunc in ordine ad hanc rubricam declarandam pleniùs hac super re est disserendum. Crimina igitur extraordi-

dinaria sunt, quæ extra ordinem coërcentur, eisque pœna arbitrio Judicis irrogatur; *l. ult. ff. de privat. delict. l. ult. ff. de furt. l. ult. ff. de injur. l. 3. ff. de expilat. hæred. l. 1. ff. h. t.* appellantur potissimùm crimina non legitima, cùm eis nec lex, nec formula, minùs certa præstituta sit pœna, *l. 3. §. penult. ff. de stellionat.* Wisenbach. *ad ff. disput. 31. thes. 1* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 47. thes. 73.* Zoësius *ff. hoc tit.* hoc tamen singulare sortiuntur, quòd actor se, quemadmodum in criminibus publicis, subscribere debeat, *l. ult. ff. de privat. delict.* si agitur criminaliter. Zoësius *hîc.* Brunneman. in dict. *l. ult. ff. de privat. delict.* quæ tamen subscriptio hodie de moribus est submota.

2 Quemadmodum autem in his criminibus utilitas privata attenditur, & solùm in consequentiam publica securitas & honestas turbatur, ita Jus accusandi solis illis est datum, quorum interest, *l. 3. ff. hîc. l. 4. ff. de expil. hæred.* videatur Cujac. *lib. 8. obs. 33.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 47. thes. 75.* eámque ob rem hæc Crimina dupliciter privata dici queunt, & ratione objecti, cùm privata lædatur utilitas, & ratione subjecti, quoniam illis duntaxat conceditur Jus accusandi, ad quos ea res pertinet.

3 Tametsi verò rubrica *ff. de extraordin. crimin.* sit generalis, haud tamen complectitur omnia crimina extraordinaria, quemadmodum tradit Colleg. Argent. *ff. hoc tit. thes. 4.* Amadæus Ekolt. *ff. eod. §. 4.* Petrus Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exerc. 47. thes. 75.* & liquet ex enumeratione specierum, in quas refertur perjurium, infantis expositio, improba mendicitas, illicita pignoratio, foëneratio &c. Crimina autem extraordinaria, quæ in dictô titulo pertractantur, sunt primò sollicitatio alienarum nuptiarũ, *l. 1. ff. hîc.* quæ varijs pernitiosis libidinosisque perpetratur modis, aut mamillas, & partes à natura absconditas contrectare attentandô, *l. 15. §. 20. ff. de injur.* aut impudicũ figendo osculum, seu deniq; nudis verbis, missisq; muneribus; etsi verò quis effectu non sit potitus, tamẽ extraordinariè punitur, quia ex colloquijs, aspectibus, osculis, amplexibúsque Legislatores colligunt conjecturas proximas adulterij, per exteriora enim dignoscitur voluntas interior. De hujus delicti pœna arbitraria pro vario attentationis gradu imponenda, videatur Matth. de Afflict. *decis. 270.* Julius Clarus *§. fin. quæst. 83.* Daniel. Mollerus *semest. lib. 3. cap. 27.* & latè Theodoric. *in suis criminal. Cap. 3. aphor. 12.*

Altera species extraordinarij criminis est prodita *in l. 1. §. 1. ff. h. t.* videlicet injuria contra bonos mores alicui illata, quæ committitur, quando quis fimo corrupto alterum perfundit, cœno, lutóque oblinit, fistulas, lacum, quidvè aliud ad publicam injuriam contaminat, verba sunt JCti Pauli *in l. 1. §. 1. ff. hîc.* 4

cu-

cujus pœna pariformiter est extraordinaria.

Tertia species delicti extraordinarij desumitur ex rescripto Divor. Severi & Antonini, *in l. 4. ff. hoc tit.* relato, in quod incidit ille, qui datâ operâ partum abigit, cui adversari videtur *l. 8. Cod. ad leg. Cor. de Sicar.* quæ necandi infantis piaculum aggresso, vel aggressæ pœnam mortis præstituit. Carolina Nemesis verò distinguit: aut partus est inanimatus, & abigens extraordinariam incurrit pœnam, aut est jam animatus, & pœna mortis coërcetur. Carolin. pœn. *art. 133.*

Quarta species notabilis criminis extraordinarij est vexatio annonæ, quod committunt Dardanarij, à quodam Dardano factionum Authore, atque improbissimo Mago juxta Glossam in *l. 6. ff. hic* ita nuncupati. Consulatur Petrus Theodoric. *dict. aphoris. n. 12.* vocantur quoque Pantopolæ, annonæ flagellatores, Danistæ, fœneratores, vernaculâ voce, Korn- und Wein Juden/ Stadtwölff/ Vorkäuffer. Conferantur relati à Petro Mylero *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 80.* modus autem, quo hoc committitur crimen, est varius; vel enim fit merces coëmptas supprimendo, vel fructus suo tempore, saltem caritatis, justo vendere pretio recusando, aut messes immaturas coëmendo. In hos varia est decreta pœna, *l. 6. ff. hic.* quin si diu cum ingenti Reipublicæ detrimento hoc crimen fuit continuatum, & sæpiùs repetitum; ad pœnam mortis deveniri potest. Carol. pœn. *art. 113.* Caspar, Klock. *de contribut. cap. 1. n. 359.* Brunneman. *in l. 6. ff. hic.* latè Hering. *de Molendinis, in mantissa cap. 3. per tot.* Ad hoc crimen ob paritatem rationis reducitur falsificatio staterarum, & mensurarum, *l. 6. §. 1. ff. hic.* Carolin. pœnal. *dict. art. 113.* tam aridorum, quàm liquidorum: interest enim Reipublicæ justas servari mensuras, ne in commutando & contrahendo homines decipiantur; hujus pœna pariter est arbitraria; ac pro norma circumstantiarum infligenda.

Quinta species describitur ab Ulpiano *in l. 7. ibique Gloss. ff. hic.* quam committunt saccularij, qui vetitas in sacculis artes exercentes, partem subducunt, partem verò subtrahunt. Tanta quippe sæpenumerò inest hominibus subtrahendi agilitas, ut omne ingenium in digitos defluxisse videatur, sicut discurrit Antonius Matthæus *de crim. lib. 47. tit. 11. n. 3.* His quoque æquiparantur sectores Zonarij, qui in turba, aut circulis hominum loculos secant: directarij, qui in aliena cænacula furandi animo se clam immergunt. Horum pœna pariter est extraordinaria, ut desumitur *ex l. 7. cit.* ratio est, quoniam rarissimè designari possint personæ, queis bursas succidêre, etsi constet de re furtiva. Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 81. à n. 28.* Ultima species est Scope-

lismus, in provincijs Arabiæ olim perpetrari solitus, quo inimicus in prædium inimici lapides ponebat indicio futuros, eum, qui hoc prædium coluerit, malo letho periturum insidijs eorum, qui lapides posuerunt; in terminis Ulpianus *in l. 9. ff. hoc tit.* quæ sedes est hujus delicti. Brunneman. *in dict. l. 9.* Struvius *Synt. Jur. Civil. exercit. 47. thes. 82.* Eckolt. *ff. hoc tit.* §. 5. Wisenbach. *disput. ad ff. 31. thes. 7.* qui hoc delictum crimen Arabiæ vocat. Hoc crimen non modo à populis Arabiæ, sed & à Jure Civili pœnæ mortis subijcitur, ut liquet ex verbis final. *cit. l. 9. ff. hic.* nec est aliud, quàm singularis species diffidationis,

6 Diffidatio in genere verò delineari potest, quòd sit minitatio hostilis, qua quis per litteras, per signum, aliudve factum inimico suo extremam vitæ, bonorúmque persecutionem denuntiat, unde pax publica violatur, & toti populo seu Universitati periculum imminet. Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæst. 37. n. 16.* Eckolt. *dict. tit.* §. 5. Exinde liquet, duo ad crimen diffidationis deposci. Primò, ut extrema vitæ, bonorúmque persecutio in minas deducatur. Secundò ut pax publica violetur. Ejus pœna in Imperio est Bannum. *Recess. Imperij anno 1555.* Carolin. pœnal. *art. 128. & seq.* His criminibus extraordinarijs accenseri solet damnum, à Circulatoribus, vel Medicis circumforaneis, alijsque Agyrtis datum, qui serpentes circumferunt, aut qui nulla medendi arte imbuti plebi pharmaca vendunt, vel inutilia, vel noxia. *l. ult. ff. hic.* Struv. *Syntag. Jur. Civil. exercit. 47. thes. 87.* Wisenbach. *cit. disput. 30. thes. 9.*

Perstrictis quibusdam criminibus succedunt alia explicanda, quæ inter est primum crimen sepulchri violati, aut à Gordiano, in *l. 1. Cod. hoc tit.* appellatum crimen læsæ religionis. Dicitur autem sepulchrum quasi seorsum à pulchro, ob fœtorem, qui in illo continetur, videatur Tholosanus *lib. 33. cap. 23.* quo vocabulo denotatur omnis locus sepulturæ, *l. 3. §. 2. ff. hoc tit.* aliàs dicitur domus defunctorum, *l. 4. Cod. eod.* aliàs monumentum. *l. 2. ff. hic.* Violatio verò aut fit circa monumentum, sive structuram, aut circa cadaver ibi tumulatum; in priori contingit potissimùm in demolitione structuræ, quemadmodum si quis saxa, aut marmora, seu columnas amovet, insignia & imagines monumento infixas destruit; *l. 2. ff. hic. l. 4. l. 5. Cod. eod.* vel secundò inhabitatione aut exstructione novi ædificij, non sepulchri causâ. *l. 3. ff. hoc tit.* tertiò denique illegitima illatione cadaveris. *l. 3. §. 8. ff. hic.* unde emptor non potest in fundum emptum, in quo venditor monumentum destinavit, inferre cadaver, siquidem Jus sepulturæ solùm ad universalem, non particularem transit successorem. *l. 6. ff. de relig. & sumpt. funer.* 7

funer. id quoque eſt annotandum, hoc delictum absque dolo fieri non poſſe.

8 In corpore ſeu cadavere recondito committitur hoc delictum primò contrectatione, *l. 4. Cod. hoc tit.* corpus extrahendo, vel ſecundò mutilatione incantatoribus uſitata, qui plerumque conſueverunt corpora exhumare, eorum membra mutilare, eorum partibus & oſſibus in rem peſſimam abuti. Tertiò ſpoliatione cadaveris, detrahendo veſtes, vel aliud, quo indutum eſt, vel ornatum, tametſi enim, ut homo nudus mundum ingreditur, ita egrediatur, amiculo tamen ferali corpora tegenda eſſe honeſtas ſuadet.

9 Quibus breviter præmiſſis, percurrendæ ſunt pœnæ, quæ violatoribus ſepulchrorum ſunt præſtitutæ, & hæ pro vario caſu ſunt variæ. Primus igitur claritatis cauſa ſit caſus, quo quis ex doloſa petulantia corpora extraxit, oſſa exhumavit; humiliores ſummo ſupplicio afficiuntur, honeſtiores autem aut deportantur, aut in metallum damnantur juxta ſententiam Pauli *in l. ult. ff. hic.* Alter caſus eſt, quo quis vi armata more latronum cadavera ſpoliat, & is utique ſummo afficitur ſupplicio, ſi autem absque armis, ad minimum pœna metalli locum habet, ut in terminis diſcurrit Ulpianus *in l. 3. §. 7. ff. hoc tit.* Tertius caſus eſt, quando reliquiæ cadaveris contrectatæ, aut ſepulchri ſaxa, marmora, aliæve materiæ ædificandi cauſa amotæ ſunt, in quo caſu Conſtantinus Imperator pœnam 10. librarum auri fiſco inferendam definit *in l. 4. Cod. hic.* in Judicem verò, qui hoc delictum vindicare omiſit, 20. librarum determinat. *l. 3. Cod. eod.*

Ultimò generaliter Prætor actionem propoſuit ei, cujus intereſt, ſeu ad quem pertinet injuria ſepulchro irrogata, deſcribíque poteſt eſſe actionem perſonalem, prætoriam, famoſam, pœnalem, competentem ei, ad quem ea res pertinet. *l. 6. ff. hic.* Cauſa ejus remota eſt delictum, proxima eſt obligatio; datur hæc actio hæredi, agnato, ſeu cognato, aut denique ei, cujus intereſt, & quidem ad id, quod Judici videbitur, minoris tamen eum condemnare non poteſt, quàm in centum aureos: quod ſi verò nullus adeſt, ad quem res pertinet, aut ſi equidem adforet, agere tamen recuſat, tunc Prætor popularem concedit actionem in centum aureos ſepulchro violato, eô verò inhabitato vel ædificato, in ducentos. *l. 6. l. 9. ff. hic.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 47. theſ. 9.* Eckolt. *ff. hoc tit. §. 2.* Wiſenbach. *dict. diſput. 31. theſ. 11.* Hærſolden. *in adverſ. de act. part. 7. act. 18.* 10

Dubium hîc ſuboritur, utrùm centum vel ducentorũ emolumentum inter fiſcum & actorem ſit dividendum, aut ſoli cedat actori? Dubitandi ratio oritur ex ſententiâ Gaij *ex l. 25. §. ult. ff. de SC. Syllan.* ubi pœna centum aureorum, quæ petitur 11

tur actione populari ab eo, qui non vindicata morte defuncti tabulas testamenti aperuit, dividitur inter fiscum & actorem, ergò quoque in hoc casu. Respondeo, prius esse in Jure singulariter expressum, non posterius: hoc ipso enim, quod Prætor ei hanc actionem tribuit, qui agere vult, etiam integrum emolumentum, quod est actioni annexum, videtur concessum esse, ratio est partim, cùm in omni actione populari post litis contestationem actor fiat creditor, partim quòd actor in hac actione privatum tum persequatur interesse. *l. 3. §. 8. ff. hic.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 47. thes. 90.* ibique Petrus Mylerus. Wisenbach *dict. disp. 31. thes. 11.*

12 Hoc autem specialiter in hac actione est subijciendum, quòd per eam accusationi fiat præjudicium, & vicissim, una enim tollit alteram, cùm utraque ad metam vindictæ collimet. *l. 6. l. penult. ff. hic. l. 7. §. 1. ff. de Jureiur.* Nec adversatur textus *in l. 9. ff. hoc tit.* neutiquam enim ex particula *quoque* colligi potest concursus cumulativus, ita ut utrâque agi possit, sed electivus. Minùs adversæ sententiæ confert textus *in l. unic. Cod. quando civilis actio.* siquidem ejusdem tenor non est intelligendus de criminibus extraordinarijs, sed publicis, quæ posteriora possunt concurrere cum privatis, res familiares concernentibus. Nec postremò turbat *l. 4. Cod. hoc tit.* non enim illa loquitur de accusatione, sed verba, *pœnam accedere priscæ severitati*, subaudienda sunt de pœna 10. librarum auri fisco inferenda.

ACTIO

[Sive Judicium de Concussione.]

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Concussio? & quibus modis committatur?*
2. *Quotupliciter soleat delinquere Magistratus?*

1 Decima tertia est Actio sive Judicium de Concussione. Concutere in genere nihil est aliud, quàm inijcere terrorê, pecuniæ vel alterius rei ab aliquo extorquendæ causâ. Definirique potest, quòd sit injectus terror, pecuniæ, seu alterius rei extorquendæ causâ. Hilliger *in Donellum lib. 15. cap. 39.* Cujac. *in paratit. ff. hic*, Eckolt. *ff. eod. §. 1.* Perpetratur ergo primò hoc crimen, quando quis simulato Magistra-

ſtratûs imperio pecuniam, vel rem aliam extorquet, vel ſecundò, ſi metator imperat hoſpitium pro ijs, qui in numero militum non ſunt, aut tertiò, ſi quis privatus impoſtor prætextu adventûs Officialium, vel militum ſubditos vexat, aliquid extorquet, aut Centurio militi injungit, quæ tyroni conveniunt. *arg. l. 3. Cod. ob turp. cauſ.* Quartò, ſi ipſe Magiſtratus aliquid illicitum imperat. *l. 6. §. 3. & 4. ff. de offic. Præſid.* Quintò, ſi quis accuſationem, vel teſtimonij dictionem alicui cominatur. Sextò, quando in officio conſtitutus alicui privato venditionem alicujus rei per terrorem extorquet. *l. penult. ff. de his, quæ vi metúsve cauſa.* videatur Donellus *dict. lib. 15. Cap. 39.* Petrus Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 47. theſ. 93.*

2 Ex quibus igitur deducitur, dupliciMagiſtratum circa officium delinquere modo, aut ſponté accipiendo munera, vel per terrorem extorquendo; prius ad crimen publicum repetundarum, poſterius ad concuſſionem refertur. Quin ſtatuunt non pauci, non ſemper & indiſtinctè ad crimen concuſſionis depoſci metú, ſed ſufficere quandóque ſolum mendacium, ſi voluntas Domini ſimuletur, atque nomine ſui Domini pecunia, aut alia res extorqueatur. Pœna hujus criminis eſt extraordinaria, *l. 1. ff. hîc. l. 2. Cod. eod.* tametſi ſubinde quoque coërceatur ex Lege Cornelia de Falſis, *l. 2. ff. eod.* quinimò ſi aliud quoque concurrit crimen, ad pœnam capitalem deveniri poteſt. Zoeſius. Wiſenbach. *ff. hîc.* Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. Exercit. 47. theſ. 94.*

ACTIO

Contra Abigeos.

SUMMARIUM.

1. *Quid ſit crimen Abigeatûs?*
2. *Quid ſi animalia in ſolitudine errantia abducantur?*
3. *Utrùm diverſis vicibus minora animalia, ſed in numero determinata ſubmovendo hoc crimen committatur?*
4. *Quibus pœnis de Jure antiquo Abigei ſubjiciantur?*
5. *Subjicitur alia diſtinctio.*
6. *Quid de hodierna praxi?*
7. *Defenditur pœnam laquei eſſe dictandam.*
8. *Removentur oppoſita.*

1 Decima quarta eſt Actio contra Abigeos prodita. Etſi hoc crimen inter ſpecies furti recenſeatur, *l. 2. ff. hoc tit.* atque adverſus Abigeos actio furti quoque move-

veri possit, non modo tamen furibus improbioribus, sed & latronibus æquiparantur, præsertim si armata manu, aut vi atrociori aliena deprædantur pecora. *arg. l. 2.* ibique Glossa *ff. eod.* Sunt igitur Abigei, *qui pecora ex pascuis, aut armentis subtrahunt, & quasi deprædantur, atque abigendi studium quasi artem exercent, equos de gregibus, boves de armentis subducentes*: verba sunt Ulpiani *in l. 1. §. 1. ff. hoc tit.*

2 Unde sequitur, quòd, si quis equos, boves, vel alia animalia in sylvis errantia, vel in solitudine relicta abduxerit, non in hoc, sed crimen furti incidat. *dict. l. 1. §. 1. in fine ff. hic* Ekolt. *§. 3. ff. hic.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exerc. 47. thes. 95.* Zoësius *hic n. 1.* si verò crimen frequentiùs cõmittatur, & pecora oberrantia in solitudine abstrahi soleant, in crimen abigeatûs abire arbitratur Glossa in *dict. l. 1. §. 1. ff. eod.* quin & ille, qui è stabulo pecora abigit, hoc crimen perpetrat, per verba Callistrati *in l. 3. §. 1. ff. hoc tit.* asserentis: *eum quoque plenius coërcendum, qui ex stabulo abegit domitum pecus, non à sylva, non à grege.* videatur Theodoric. *in suis criminal. cap. 3. aphor. 13.* Carpz. *part. 2. quæst. 86. n. 33.* & plures ibi relati. Ad hoc igitur, ut consurgat hoc crimen, requiritur, ut ex majoribus animalibus, quæ sub nomine armenti comprehenduntur, qualia sunt equi, boves, muli, asini &c. unum, vel etiam plura è pascuis abacta sint, *l. 3.* ibique *Glossa &* Interpretes *ff. hoc tit.* in minoribus autem, quæ gregem constituere solent, requiritur, in specie in ovibus ut 10. in porcis autem, ut 4. v. 5. abstracti sint. *dict. l. 3. ff. eod.* quod de ovibus, id etiam asserendum est de capris, debent enim pariter ad hoc crimen constituendum 10. caprarum corpora esse abducta, *cit. l. 3. ff. eod.* unde, si quis ex minoribus animalibus pauciora corpora simul & semel abduxit, haud crimen abigeatûs, sed furtum commisit.

Unde dubium subnascitur, utrùm, si quis minorum animalium aliqua, sed diversis vicibus, e. g. aliquando duas oves, aliquando tres, *denuò* quatuor, atque adeò successivè 10. abduxerit, pro Abigeo sit habendus? 3
Dubitandi rationē subministrat sæpiùs cit. *l. 3. ff. hoc tit.* ubi ad naturam hujus criminis deposcitur, ut 10. ex minoribus *animalibus*, gregem videlicet constituentibus, abducta sint. Sed hoc opposito non adversante verior est sententia illorum, qui talem pro Abigeo habent, per textum expressum *in cit. l. 3. §. 2.* ubi Callistratus ait: *qui sæpiùs abegerunt, licet semper unum vel alterũ pecus subripuerunt, tamẽ Abigei sunt.* Videatur Anton. Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 5 n. 13.* Zoës. *eod. n. 1.* Illud autẽ hoc loco est notandum, quòd, si quis alteri controversiam movet, opinatúrque sibi licere abducere pecudes litigiosas, abducendo ex pascuis non in hoc crimen, sed in pœnam Constitutionis *§. 1. Inst. de vi bon. rapt.* incidat.

His

4 His igitur pro necessaria notitia prælibatis, perspiciendum est, quibus pœnis Abigei subjiciantur. Si spectamus Jus commune, variæ sunt præstitutæ pœnæ, pro quarum declaratione casus sunt distinguendi sequentes. Primus est, si persona vilioris conditionis hoc crimen commisit, & quidem vi armata, e. g. gladijs, aliisve ejusmodi armis, tunc ad bestias condemnanda fuit. *l. 1. §. 3. ff. hic.* in verb. *Sanè qui cum gladio abigunt, non iniquè bestijs objiciuntur.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 96.* Ekolt. *ff. de abigeis. §. 3.* Farinac. *quæst. 167. n. 112.*

5 Secundus casus est, quo hoc crimen absque armis in aliquo loco frequentiùs perpetrari solet, tunc homines humilioris conditionis ad gladium condemnantur; si autem in illis locis patratur, in quibus hoc crimen non adeò frequenter admitti solet, ad opera publica in perpetuum, vel ad certum tempus relegantur, *l. 1. in princ. ff. de Abigeis.* Antonius Gomez. videatur Struv. *Synt. Jur. Civil. dict. loc.* ibique Mylerus *in not.* adeóq; pro vario casu ac personarum respectu antiquitùs hæc pœna fuit arbitraria. Carpz. *pract. rer. Criminal. part. 2. quæst. 86. n. 36.*

6 Si autem hodiernam praxim & receptos mores inspiciamus, tunc probabilissimè Abigei non minùs, quàm alij fures pœnâ laquei puniuntur, modò æstimatio animalium valorem quinque solidorum aut attingat, aut superet, aliáque requisita adsint, quæ superiùs de furtis sunt descripta: quæ sententia probatur primò ex varijs Juris civilis locis, & quidem *ex §. pœna manifesti 5. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc. & l. inter omnes 46. §. 2. ff. de furt.* in quibus locis pœna furti duplum, vel quadruplum erat, econtrà Abigeorum juxta distinctiones superiùs præmissas longè gravior, cùm & graviùs ideò delinquere viderentur, pecora ex pascuis abigendo, ob plures & faciliores furandi occasiones, quàm alias res surripiendo; quandoquidem igitur in alijs furtorum speciebus ob frequentiam delicti gravior est subrogata pœna, nempè laquei, argumentum à minori ad majus promptè deducitur, quòd etiam graviori Abigei sint subjecti pœnæ, ne minor graviùs delinquentibus videatur esse præstituta pœna.

Secundò abigei idem in effectu committunt crimen, quod cæteri fures, & vix in alio, quàm in objecto distant; planè juxta *l. 3. ff. de Abig.* ille, qui novem ex pascuis abegit oves, non est abigeus, sed fur, ponamus verò, quòd quævis ovis valeat duos florenos Rhenanos, tunc earum æstimatio ad 18. florenos Rhenanos protendetur, adeóque cæteris suppositis ad laqueum condemnandus venit, ex ratione, cùm res majoris pretij quàm quinque solidorum Ungaricorum subtraxerit; è diverso qui 10. oves abduxit, patrat crimen abigeatûs, quarum valor ad 20. pertingit florenos Rhena- 7

nos, unde, si posterior hic non pœna laquei, sed mitiori foret coërcendus, magna haud dubiè consurgeret injustitiæ inæqualitas, talisque Judex meritissimè pro injusto reputaretur, ac proinde concludendum est cum Carpz. *pract. rer. Crim. part. 2. quæst. 86. n. 38.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 96.* Amadæo Ekolt. *ff. de abigeis n. 53.* fures & abigeos æquali plectendos esse pœna.

8 Nec refragatur, quòd pœna arbitraria crimini abigeatûs præstituta à Jure novissimo nuspiam sit abrogata: id enim promptè negari potest, ratio est, quia in Nemesi Carolin. *art. 159. & 160.* indifferenter furibus pœna laquei est dictata, nec poterit negari, abigeos esse fures, si enim ille furibus accensetur, qui novem submovet oves, improbior erit dicendus fur, qui decem abigit. Unde optima erit illatio, quòd omnis abigeus fur dici possit, non autem vicissim.

ACTIO

Seu Judicium contra Prævaricatores.

SUMMARIUM.

1. *Quotupliciter hoc vocabulum Prævaricatio sumatur?*
2. *Adstruitur definitio Prævaricationis.*
3. *Sequitur ejus divisio.*
4. *Utrùm Advocati possint hoc crimen committere?*
5. *Quotuplici modo possit hoc crimen incurri?*
6. *Utrùm Advocatus perspectis causæ secretis possit ab ea recedere, & adversæ parti servire?*
7. *Pariformiter Doctor hoc crimen committere potest.*
8. *Enumerantur pœnæ prævaricantium.*

1 DEcima quinta est Actio, sive Judicium contra Prævaricatores præstitutum. Vocabulum prævaricationis à verbo *variando* derivatur juxta Ulpianum *in l. 212. ff. de verb. sig.* quod denotat in transversũ ire, dicuntur autem vari, qui obtortis incedunt plantis, à varicibus crurũ, qui enim his laborant, rectè non possunt incedere. Videatur in terminis Wesenbec. *ff. hic. n. 1.* Ekolt. *ff. eod. §. 1.* Petrus Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 95.* Cæteroquin hoc vocabulum sumitur tripliciter; generaliter, in quo sensu omnis ille, qui à tramite sui officij discedit, dicitur prævaricator. Menoch. *de arbit. Judic. lib. 2. Cas. 223. n. 4.* Secundò specialiter accipitur in

in ſenſu, qui cauſam ſuam adverſario donat, & ex parte actoris in partē rei concedit. *l. 212. ff. de verb. ſignif. l. 1. ff. hic.* Tertiò ſumitur ſpecialiſſimè pro eo, qui ſubornatus vera crimina abſcondit, & ea doloſè ſupprimit. *l. 1. §. 1. ff. ad SC. Turpill.*

2 Porrò crimen prævaricationis definitur, *quòd ſit crimen extraordinarium, quod colluſione accuſatoris, ut reus abſolvatur, committitur.* Eckolt. *dict. §. 1.* Petrus Myllerus *dict. loc.* ubi ex Marquardo Freher. *lib. 3. cap. 6. n. 12. pag. 318.* graphicè hoc deſcribit crimen, aſſerendo: eſſe ſimulatum accuſatorem, qui foris præ ſe fert ſpeciem hoſtis, intùs verò animum fovet amicum, & cùm ſimulat accuſatorem, diſſimulat patrocinium, colludit cum reo, & non niſi translativè partibus accuſatoris fungitur, eo quòd proprias quidem probationes diſſimulat, falſas verò admittit, & ita prodit cauſam dolo malo. Aliter illud depingit Wiſenbach. *ff. eod.*

3 Hoc crimen dividitur in publicum & privatum. *l. 3. ff. hic.* Publicum committitur, quando quis in Judicio publico accuſando ex animo non egit. Privatum, quod moribus ad exemplum prioris introductum dicitur juxta Weſenbec. *ff. hic.* Eckolt. Struv. Mylerus & alij *in hoc tit.* Primum eſt, quando quis accuſationem criminis extraordinarij donavit adverſario. *l. 1. & l. 3. ff. hic.* nuncupatur autem publicum Judicium, partim quia agitur de corruptela publici Judicij, partim verò, quia prævaricator eâdem tenetur pœnâ, qua afficeretur, ſi ipſe crimen perpetrâſſet, à quo reus eſt abſolutus. *l. penult. ff. hic.*

Ex antecedenter delibatis ſubnaſcitur dubium, utrùm ab Advocatis cauſas ſuorum clientum perfidè & proditoriè orantibus committatur crimen prævaricationis? Negat id poſt Jacobum Cujacium *obſ. lib. 9. cap. 40.* Joan. Jacob. Wiſenbach. *diſput. ad ff. 31. theſ. 19.* Negandi rationem deſumit, quòd ille propriè prævaricator dicatur, qui in Judicio publico accuſaverit, at etiamſi Advocatus cauſam ſui clientis perfidè proſequendo haud dici poſſit propriè, & quatenùs hoc vocabulum *prævaricari* ſpecialiſſimè ſumitur, prævaricator, in genere tamen etiam de Jure pro tali habetur, ait enim Marcell. ICtus *in l. 3. §. 2. ff. h. tit. quòd ſi Advocato prævaricationis crimen intendatur, publicum non eſt Judicium, nec intereſt publico, an privato Judicio prævaricatus ſit:* quæ verba manifeſtè ſupponunt, ab Advocatis crimen prævaricationis committi poſſe. Id ipſum confirmat Ulpianus *l. 1. §. 1. ff. hoc tit.* aſſerens: *Quid ergò fiet, ſive privato Judicio, ſive publico prævaricatus ſit, hoc eſt, prodiderit cauſam.* Unde Everhardus Spekanus *cent. 2. claſ. 4. quæſt. 41.* poſtquam varias Authorum hujus criminis delineationes prælibaverat, hoc prævaricationis genus definit: Prævaricator eſt, qui, dum 4

causam alicujus defendendam suscipit, causam ipsam prodit, & ea, quæ ad promovendam causam sibi commissam, vel dicendo præterit, vel potiùs quæ causam lædunt, proponit, vel qui secretam intelligentiam cum parte adversa fovet.

5 Unde in hoc posteriori sensu prævaricari dicitur Advocatus, & Procurator, qui etiam in privato judicio suum clientem prodit, arcana causæ parti adversæ revelat, atque manifestat, aut accepta mercede vel honorario causam deserit, Menoch. *de arbitr. Judic. lib. 2. cent. 3. cas. 323. à n. 5.* vel qui pro Jure utriúsque litigantis patrocinatur, habétque juniores Practicos in ordinem Causidicorum cooptatos, qui pro forma suscipiunt tutelam, & defensionem adversi clientis, reipsa autem & in effectu omnia dirigit, disponit, & moderatur. Conferatur Alphons. de Azevedo *in const. Reg. Hispan. lib. 2. tit. 16.* Menoch. *d. ct. loc. n. 3.*

6 Ex quibus aliud hîc exardescit dubium, utrùm Advocatus, qui clientem suscepit, cognitis & perspectis instrumentis ejus, adeòque perlustratis causæ secretis, patrocinio renuntiat, & adversarij causam defendit, incidat in hoc crimen? Mihi videtur interesse, an controversia decertanda in Jure, vel in facto solidetur: si priùs, nulla fit causæ secretæ propalatio, adeóque nec Advocatus delinquere censetur; si posterius, non modò illabitur in crimen prævaricationis, sed quoque falsi, prout desumitur ex responso Marcelli *in l. 1. §. 6. ff. de leg. Cornel. de fals.* asserentis: *Is, qui deposita instrumenta apud alium ab eo prodita esse adversarijs suis dicit, accusare eum falsi potest.* Addatur Clasenius *ad Carolin. pœnal. art. 115. pag. 457.* Ant. Matthæus *ad lib. 47. art. 9. cap. 11. n. 5.*

Pariter hujus damnatur criminis Doctor, qui pro utraque parte, simul eodémque tempore consuluit. 7 Videantur relati à Spekhano *dict. cent. 2. class. 4. quæst. 41. n. 9.* Hoc autem eo casu, quo facti aut opinionis mutatio intervenit, non procedere arbitror, sed in tali contingentia pro utraque parte diversis vicibus etiam in foro interno consulere posse. Ratio est per se manifesta, cùm, etsi ab initio justa ei causa visa fuerit, tamen facti mutatio eam injustam efficere possit.

Pœna hujus criminis in Judicio publico perpetrati olim fuit certa, 8 videlicet Talio, *l. 6. ff. hoc tit.* simúlque reus infamis efficiebatur. *l. 4. ff. eod.* Si verò in privato Judicio quis fuerit prævaricatus, ipso jure infamiam non incurrit, *l. 1. l. 4. §. penult. ff. de his, qui not.* nisi sit tale extraordinarium crimen commissum, cui annexa est infamia. *l. 7. ff. de publ. Judic.* unde Advocati, Procuratores prævaricantes primùm per sententiam declaratoriam infamiam incurrunt. Richterus *decis. 85.* & alij relati à Petro Mylero *in notis ad Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 200.* Altera pœna

na est, quòd, si prævaricatio sufficienter fuit probata, sententia rescindatur, & pro nulla declaretur. *l. 3. §. 1. ff. h. t. l. 1. Cod. de Advocat. divers. Judic.* ibique Brunnemannus, Hilliger *in Donell. lib. 27. cap. 7.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 101.* Tertiò talis Advocatus removetur ab ipso officio. *Arg. l. 5. ff. hic.* Menoch. *lib. 2. cent. 3. cas. 323. n. 5.* Postremò punitur extraordinariè arbitrio Judicis, pœnam pro circumstantiarum & gravitate criminis admissi moderantis, vel exasperantis. *l. 2. ff. hic.* Hærsolden *in adversaria de act. part. 7. act. 22.* Wisenbach. *ff. hic.* Quin multi docent, pœnam extraordinariam omni prævaricationi, sive illa sit propria, sive impropria, esse præstitutam, inter quos est Wisenbach. *dict. disp. 31. thes. 19.* & cit. Arnoldus Hærsolden, *loc. cit.* Hodie de Jure Carolino prævaricatores ad damni, & expensarum restitutionem ac omne interesse obstringuntur, deinde publicè simul sistuntur ad numellas, & denique cum fustigatione relegantur. Carolin. pœnal. *art. 115.*

ACTIO

Sive Judicium contra Receptatores.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Receptio, & quotuplex sit Receptor?*
2. *Ad hoc delictum deposcitur dolus.*
3. *Quid si per aliquot dies retentus fuit delinquens, postea denuntiatus Magistratui?*
4. *Qualiter Receptatores puniantur?*

1 Decimum sextum numerum sibi asserit Judicium contra Receptatores proditum. Receptio passim describitur, quòd sit delictum extraordinarium, quo quis facinorosis, eos abscondendi causâ, in sua vel aliena domo dolo malo refugium præstat. Theodoric. *in Colleg. criminal. cap. 3. aphoris. 15.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 3. quæst. 134. n. 37.* Eckolt. *ff. hic §. 1.* subaudienda autem est hæc Rubrica non solùm de receptoribus latronum, sed & alijs criminibus contaminatorum, ut patet ex *tit. Cod. de his, qui latrones, vel alijs crimin.* quin de receptoribus omnium reorum privatorum delictorum, *arg. l. fin. ff. de abig.* unde Receptor alius est rerum, alius personarum,

prior

prior est, qui res furto, seu rapina ablatas in custodiam recipit, posterior, qui post delictum perpetratum delinquentem in tutelam suscipit, eum tuetur, vel alia substernit media, queîs impeditur, quò minùs capi possit. Uterque dividitur ulteriùs in receptorem simplicem seu nudū, & in illum, qui est criminis socius, & cum raptoribus, seu furibus conspirat. Hahn in Wesenbec. *ff. hîc n. 1.* Eckolt. *ff. hîc n. 1.*

2 Ex quâ superiùs præmissa descriptione sequitur, eum, qui ignoravit commissum esse delictum ab illo, quem hospitio recipit, non teneri, *l. 3. §. 3. ff. de incend. ruin. nauf. l. 2. Cod. de his, qui latrones vel alijs crimin. l. 4. Cod. de serv. fugit.* quæ ignorantia in dubio præsumitur, hospitio enim aliquem recipere, est de natura boni & honesti, *arg. l. ut vim 3. ff. de Just. & Jur.* naturalis quippe ratio constituit, ut alter alteri subsidium subministret. Quamdiu igitur scientia non fuit probata, constanter præsumitur ignorantia, videatur Ægidius Boss. *tract. de crim. tit. de rapin. n. 7.* & alij relati apud Theodoric. *dict. aphoris. 15. n. 2. in fine* nisi delictum foret notorium, tunc enim dolus præsumitur. *Arg. l. si tutor Cod. de peric. tut.*

3 Utrùm autem ille, qui equidem scienter facinorosum ad se recepit, ac per aliquot dies in suis ædibus retinuit, postea tamen denuntiavit Magistratui, hujus criminis damnandus sit? Negat Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 150.* pœnitentiæque locum præbet. Mihi cum Deciano *lib. 5. de Crimin. cap. 51. n. 28.* Theodoric. *dict. loc. n. 10.* affirmandum, vel potiùs distinguendum esse videtur, aut enim constat, quòd ab initio delinquentem retinuerit animô recipiendi, exindéque mutato proposito eum Magistratui præsentavit, & hoc casu puniri debet receptor, ratio est, quia in delictis consumatis non est locus pœnitentiæ. *l. 65. ff. de furt. l. penult. ff. de vi bon. rapt.* Aut non constat, quòd ab initio reum retinuerit animô receptandi, sed potiùs denuntiandi Magistratui, & potiùs præmiandum, quàm puniendum esse arbitror, quoniam præsumitur animô præsentandi Magistratui eum retinuisse; quin, etsi quis publicam exerceat cauponam, scienter recipiendo delinquentes non excusatur, siquidem tales receptatores nullibi excusantur. Conferatur Theodoric. *dict. loc. n. 9.*

Porrò illi, qui sunt criminis socij, atque cum latronibus, aliisque delinquentibus conspirant, ac refugium præstant, eâdem, quæ latronibus & alijs delinquentibus est præstituta, puniuntur pœnâ, *l. 1. ff. h. tit. l. 1. Cod. de his, qui latrones l. unic. Cod. de Crimine peculat. l. 5. §. 12. ff. de crimine peculat.* nudi autem, seu simplices receptatores, qui cum delinquentibus non conspirant, sed eos simpliciter recipiunt, & occultant, arbitrariè solent puniri, *l. 13. ff. de offic. Præsid. l. 40. ff.* 4

de pœnis. l. 1. Cod. de his, qui latrones. quæ pœna adhuc hodie in viridi debet esse observantia, siquidem nullibi est mutata. Theodoric. *dict. loc.* Carpz. *pract. rer. Crim. part. 3. quæst. 134. n. 37.* Struv. *Synt. Jur. civil. exercit. 48. thes. 103.* Consistit autem hæc pœna in mulcta pecuniaria, temporali relegatione, pro Judicis æstimatione, qualitatem commissi delicti, conditionem personarum, reliquásq; circumstantias probè ponderantis. Menoch. *de arbit. Judic. lib. 2. cas. 348. n. 2.* Finckelthausen *obs. 112.* Carpz. *dict. quæst. n. 48.*

Mitior tamen dictatur pœna illis, qui latrones cognatos, seu affines, aut omninò parentes & liberos recipiunt, atque refugium eis substernunt: *l. 2. ff. hoc tit.* ratio est, cùm non tàm dolo, quàm amoris & affectionis vi impulsi fecisse videantur: Carpz. *dict. quæst. 134. n. 52.* Struv. *cit. exercit. thes. 104.* ibiq; Mylerus *in not.* modò non sint simul criminis socij, aut cum delinquentibus conspirent, tunc enim affectio eos non exculpat. *arg. l. 39. ff. ad Leg. Jul. de adult. l. 10. Cod. ad Leg. Fab. de plag.* Exinde tamen non sequitur, excusari Cauponam publicè exercentes, & facinorosos scienter recipientes, atque occultantes; quamquam enim illi ad hospitandum etiam inviti compelli possint, periculosa tamen hæc receptio simpliciter eis est prohibita. Videatur Theodoricus *in suo Collegio Criminali cap. 3. Aphorismo 15. num. 9.* Pariformiter ad testimonium dicendum cogi potest ille, qui jurato promisit, se delicta in secreto servaturum, cum tale Juramentum sit contra bonos mores, *Capit. 58. de reg. Jur. in 6.* Andreas Gaill. *lib. 1. observ. 100. num. 4.* Menoch. *de arbit. Jud. Casu 355.* inter quos recensentur & illi, qui effracto carcere fugienté receptant. Videantur tradita à Lauterbach. *ff. hic. §. 5.* Sunt tamen certa crimina, in quibus & delinquentium receptatores determinatæ subjiciuntur pœnæ, quemadmodum receptatores rapientium virgines pœnâ capitali puniuntur, *l. unic. Cod. de rapt. virg.* Hypolitus de Marsil. *in dict. l. unic.* Salycet. *eod.* Theodoricus *dict. loc. n. 11.* refugium præstantes abigeis coërcentur pœnâ decennalis relegationis. *l. 3. §. 3. ff. de abig.* Qualiter autem puniantur recipientes reos criminis læsæ Majestatis, vide Tiberium Decianum *in Tract. Criminal. tom. 2. lib. 7. cap. 34.*

ACTIO

Seu Judicium de Furibus Balnearijs.

SUMMARIUM.

1. *Describuntur fures balnearij.*
2. *Quare fures balnearij graviùs puniantur?*
3. *Qualis extraordinaria pœna furibus balnearijs infligatur?*

1 DEcimum septimum numerum sibi asserit Judicium, de furibus balnearijs nuncupatum. Improbissimum hominum genus est, qui tempore nocturno ob faciliorem facultatem & occasionem furantur, incertum namque est, quo animo veniant, utrùm ad furandum duntaxat, vel quoque occidendum, quos inter enumerantur fures balnearij, saccularij, directarij. Fures igitur balnearij sunt, qui in balneis lavantibus vestimenta surripiunt: ad submovendam horum nequitiam, & rapacitatem opera Carpsariorum destinabatur; erant autem Carpsarij, qui in balneis vestimenta certâ mercede custodienda conducebant. *l. 3. ff. de offic. Præfect. vigil.* Saccularij & directarij supra jam graphicè delineati sunt.

2 Hos igitur fures graviùs puniri publicè interest, tum, quia fures nocturni interdiarijs atrociores, tum verò, quia à proditoribus non multùm distant, & opportuna, quã tenebræ subministrant, furandi occasio atrocius reddit delictum: *arg. l. 5. ff. ad leg. Aquil.* tum denique, quòd fures balnearij nudis in balneo sedentibus, & aliud agentibus, facilè possunt vestimenta surripere, eámque ob rem ad tuendum commúnem balneorum usum, qui apud *Romanos* frequentissimus erat, gravioribus sanctionibus lavantium vestimenta ab omnibus injurijs, & damnis defendi oportebat, *arg. l. 3. §. ult. ff. de præfect. vigil.* Cùm igitur publici interesset, specialis subjicienda Rubrica compilatoribus Digestorum visa est.

Pœna verò extraordinaria, cui 3 fures balnearij inspecto Jure antiquo Romanorum subjiciuntur, erat temporalis damnatio ad opus publicum, *l. 1. ff. hîc.* Wisenbach *disput. ad Pandect. 31. thes. 25.* Ekolt. *hîc. §. 2.* Si verò telo, seu armis se defendunt, aut ædes & ædificia effringunt, in metallũ damnabantur, qui humilioris fortunæ erant: qui autẽ honestiores, relegabantur. *dict. l. 1. ff. eod.* Zoes. *eod. n. 2.* Ekolt. *§. 2.* Wisenbach. *cit. loc. thes. 25.* In specie autem milites in balneo furantes ignominiâ notantur. *l. ult.*

l. ult. ff. hic. Considerato verò hodierno Jure, pœna furti ordinaria sat gravis est definita, adeóque etiam furibus nocturnis & balnearijs sufficiens visa est, ac proin eâdem coërcentur pœna. Schilter. *part. 2. exercit. 49. §. 41.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 96.* Ekolt. *hic. §. fin.* & plures relati à Mylero *in not. ad Struv. cit. loc.*

ACTIO

Seu Judicium contra Effractores & Expilatores.

SUMMARIUM.

1. *Quid & quotuplex sit effractor?*
2. *Qualis pœna huic delicto sit determinata?*
3. *Qualiter puniantur rei criminis?*
4. *Quid si tertius quidam carcerem violat?*
5. *Quinam dicantur expilatores?*

1 Decimô octavô locô subsequitur Actio, sive Judicium contra Effractores & Expilatores proditum. Effractores sunt aut generales, aut speciales ita appellati. Prioris generis dicuntur, qui non modò carceres, sed & ædes privatas, fores, horrea, tuguria, armaria furandi effringunt causâ, juxta ennarrationē Pauli *in l. 3. §. 2. ff. de offic. præfect. vigil.* Posterioris generis sunt, qui carceres, vincula, aut locum pro illorum custodia ex sententia, & decreto Magistratûs assignatum effringunt, se exinde eximunt, & in libertatem asserunt. Ekolt. *in §. 1. ff. hic.* Brunneman. *in l. 1. ff. eod.* & plures ibi relati.

Dividuntur secundò in diurnos & nocturnos. *l. 2. ff. hoc tit.* qualis autem ad furtum periculosum deposcatur effractura, supra in actione furti abundè fuit demonstratum.

Pœna de Jure civili effractoribus 2 præfinita non omnibus est una, sed pro vario casu diversa: si effractio tempore nocturno fuit facta, vilioris conditionis homines fustigatione, & in metallum damnatione perpetua coërcentur, si verò diurno fuit facta, in opus publicum perpetuum, vel temporaneum damnatur delinquens: sublimioris & honestioris conditionis autem pœnam relegationis sustinere debet. *l. 3. ff. hic.* Effractores, qui stuprum, aut aliud carnis delictum committendi, seu etiam curiositatis causâ, periculum nimirum facturi, utrùm fœmina in absentia mariti castimoniam custodiat,

diat, cubicula effringunt, ſeſe ſub lecto occultant, extraordinariè plectuntur, quemadmodum tradunt relati apud Petrum Mylerum *in not. ad Struv. Synt. Jur. civil. exercit. 48. theſ. 97.*

3 Circa effracturam carceris pariter eſt varia ſubjicienda diſtinctio, aut enim ipſi rei carcerem effringunt, atque in fugam ſe recipiunt? ſi crimen, ob quod incarcerati ſunt, pœnam mortis promeretur, & ſimul confeſſio criminis accedit, tunc pœna eſt capitalis, *l. 1. ff. hoc tit.* Nicolaus Boërius *deciſ. 215. n. 22.* Carpz. *part. 3. quæſt. 111. n. 94.* Brunneman. *in l. 1. ff. hic.* Ekolt. *in §. 1. ff. hic.* quæ pœna quoque locum habet juxta allegatos Authores, quando carcer Principis eſt effractus, cùm talis Majeſtatis læſæ crimine ſe contaminare videatur: *l. 4. ff. ad Leg. Jul. Majeſt.* niſi foret inſons criminis, tunc enim pœnâ ſolùm arbitrariâ puniendus foret. Gomez. *var. reſol. tom. 3. cap. 3. n. 9.* Bachov. *in Treut. vol. 2. diſput. 31. theſ. 6. litt. D.* Brunneman. *in dict. l. 1. n. 2.* quod ſi autem inferioris Magiſtratûs carcer eſt violatus, atque crimen, ob quod reus eſt incarceratus, non meretur pœnam mortis, extraordinariè punitur effractor. *arg. l. 13. ff. de cuſtod. reor.* Videatur nervosè deducens Theodoric. *in ſuis criminal. cap. 3. aphoriſ. 16. litt. D.* Struv. *Synt. Jur. civil. exercit. 48. theſ. 97.* ibique Petrus Mylerus.

Caſu verò, quo tertius carceres violenter aperuit, atque incarceratos dimiſit, aut alio modo effecit, ut aufugerint, in pœnam fractæ pacis labitur. Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæſt. 35. n. 39.* Ekolt. *ff. hic. §. 3.* Si autē per cuſtodes incarcerati liberati ſint, tunc vel dolô eorum, & fuſtigatione cū perpetua relegatione puniuntur, aut culpâ & negligentiâ eorū eſt factū, & ſolùm arbitrariè puniuntur. Ekolt. *dict. loc.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 3. quæſt. 111. à n. 100.* 4

Alterum hujus Rubricæ membrum agit de expilatoribus, qui ad fures atrociores reducuntur, atque villas, ædes, horrea aliena perfringunt, ſpoliántque. *l. 1. §. 1. ff. hic. l. 3. §. 2. ff. de offic. præfect. vigil.* Weſenbec. *ff. hoc. tit. n. 2.* ait: Expilatores ſunt, qui nec pilum quidem in corpore ſpoliatorum relinquunt; de quibus, & eorum pœnâ ſufficienter à me dilucidatum eſt ſuperiùs in Actione furti. His conſimiles ſunt graſſatores, qui in via, atque itinere publico viatores ſpoliare ſolent, de his pariter tractat Jus Carolinum *art. 126.* videatur Weſenbec. *hic n. 2. in fine.* 5

Carpz. *part. 2. rer. crim. quæſt. 91.*

ACTIO

Contra Expilatores Hæreditatis.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit crimen expilatæ hæreditatis?*
2. *Quando, & à quibus hoc crimen committi possit?*
3. *An Noverca ex hæreditate, privigno ab extraneo delata, aliquid submovens hoc crimine teneatur?*
4. *Qualia remedia competant adversùs expilatores inspecto Jure Civili?*
5. *Dantur & remedia ordinaria.*
6. *Solvuntur argumenta.*
7. *Quid si cohæres, uxor, aut maritus quid subtraxit?*
8. *Quali pœna hodie expilatores afficiantur?*

1 DEcimam nonam stationem arrogat sibj actio, sive Judicium expilatæ hæreditatis dictum. Etsi crimen hoc saltem quoad contrectationem furto haud sit absimile, *Arg. l. 1. §. 1. ff. de effract. & expilat.* propriè tamen, ac stricta Juris Civilis ratione loquendo, furtum dici, atque expilator actione furti ordinaria pulsari nequit, quemadmodum concludit Ulpianus *in l. 2. ff. hic.* in verbis: *cùm enim furti agi non potest, solum superest auxilium Præsidis.* & in §. *1.* pergit: *Nam in hunc casum furti actionem non competere palam est.* Ratio hujus duplex dari potest, partim, quia hæc contrectatio non, quemadmodum furtum, fit invito domino, hæreditas enim jacens nondum adita destituitur Domino, quo invito fieri possit: nec asseri potest Dominus defunctus, qui esse desijt, nec hæres, qui hæreditatem nondum agnovit; quo collimat locus Pauli *in l. 43. §. de furt.* ubi ait, furtum committi non posse, nisi sit, cui fiat: partim quoque, quòd nullus adsit hæreditatis possessor. Videatur Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 95.* Eckolt. *ff. hic. §. 1.* Brunneman. *in l. 2. ff. hic.* Nec resistit textus *in l. 12. Cod. ex quib. caus. irrog.* quin Imperator solummodo vult, expilatorem, tametsi fur non sit, nihilominùs infamiam incurrere.

Porrò hoc crimen perpetratur 2
duobus modis. Primò, si quis jacente adhuc hæreditate rem quandam mobilem dolo malo submovet. Secundò, si quidem ex hæreditate jam adita, possessione tamen ejus ab hæ redenondum apprehensa, aliquid surripit, & contrectat, per textum apertum *in l. 2. §. 1. ff. hic.* nec enim hæredes adeundo hære-

di-

ditatem, mox quoque ejusdem nanciſcitur poſſeſſionem, præſertim eo caſu, quo in abſentia, & loco à jacente hæreditate remoto, aditionem nudis declarat verbis. Committit autem hoc crimen extraneus, qui ſub nomine hæredum non continetur: nec uxor hoc crimen perpetrare cenſetur. *l. 5. ff. hic. l. 4. Cod. l. 2. ff. rer. amot.* Ratio eſt, cùm rei humanæ & divinæ fuerit ſocia, ideò in honorem matrimonij turpis actio adversùs uxorem denegatur, *dict. l. 2. ff. eod.* ſed res cum fructibus adhuc exſtantibus rei vindicatione, ſi autem conſumpti, condictione ex lege ab uxore repeti poſſunt, per text. apert. *in l. 4. Cod. de crimin. expil. hæred. l. 5. ff. eod.* niſi matrimonium ſit diſſolutum per divortium, eo enim caſu, ſi uxor ex hæreditate mariti quondam aliquid ſubmovit, ab hoc non excuſatur crimine. *l. 3. ff. de act. rer. amot.*

3 Si autem Privigno aliunde, quàm à Patre hæreditas ſit delata, atque Noverca, ſeu Vitricus ex eâdem aliquid ſuppreſſit, vel ſurripuit, excuſationem criminis hujus non promerentur. *l. 2. l. 3. Cod. de crim. expil. hæred.* Ratio eſt, quia frequentia hujus delicti vincit reverentiam, his perſonis debitam, nemo quippe frequentiùs ſolet hæreditatem expilare, quàm vitricus & noverca. Videatur Saÿcetus, Brunneman, & alij *in l. 2. & 3. Cod. de crim. expilatæ hæred.*

4 Queîs prælibatis, remedia, quæ pro hoc crimine vindicando ſunt præſtituta, inveſtiganda veniunt. Quo loco imprimis certum eſt, dari accuſationem ordinariam pro modo admiſſi delicti omnibus illis, quorum intereſt rem non eſſe ſubreptam, adversùs expilatores, ſeu extraneos, qui ſub nomine hæredum non incluſi ſunt. *l. ult. eod. de crimin. expil. hæred. l. 2. ff. eod.* Ex quibus tamen textibus dubium exoritur primò, utrùm quoque alia ſuppetant remedia? Negativam ſuadere videntur textus allegati, & præſertim *l. ult. Cod. eod.* in qua Impp. his reſcribunt verbis: *Expilatæ hæreditatis crimen loco deficientis actionis intendi conſueviſſe, non eſt Juris ambigui*, à quo non diſſentit Ulpianus *in l. 1. ff. eod.* aſſerens: *Cùm enim furti agi non poteſt, ſolum ſupereſt auxilium Præſidis*; quaſi dicere vellet, ceſſante furti actione, ad nullum aliud remedium dari recurſum, quàm ad extraordinariam cognitionem Præſidis, ſeu Præfecti urbis, *l. 3. ff. eod.* ex ulteriori ratione, quoniam, ſi remedia ordinaria pro vindicatione hujus criminis, aut reparatione damni inde prolabentis decreta forent, haud opus eſſet extraordinarium. *l. 1. ff. hic.*

Sed verius eſt, dari quoque remedia ordinaria, ſicut patet ex textu *in l. 2. §. 1. ff. hic.* ubi Ulpianus ait: *Quamvis ad exhibendum agi poſſe palam ſit*; adeòque datur primò actio ad exhibendum, quam etiam eo caſu concedit Brunneman. *in l. 3. ff. hic.* quo expilatio hære- 5

di

ditatis ſolummodo ſemiplenè ſit probata, ejúsque ſententia in Facultate Juridica Francofurtana ad Viadrum 1654. fuit confirmata, per rationem ibidem ſubjectam, quòd ſemiplenæ probationi ſtandum ſit, quando ſine præjudicio alterius fit: per exhibitionem enimverò rerum, ſi pars ſit innocens, nullum ejusdem verſatur præjudicium, ſin autem nocens invenitur, denuò æquitas ſuadet, res hæreditati, ſeu hæredi eſſe reſtituendas, ergò actio ad exhibendum haud erit deneganda. Secunda, quæ competit actio, eſt rei vindicatio. *dict. l. 2. §. 1. ff. hic.* in verbis: *Si quis vindicaturus exhiberi deſideret.* Gloſſ. *in l. fin. Cod. eod.* Tertia eſt Petitio hæreditatis adversùs expilantes conceſſa, quoniam hi pro poſſeſſore duntaxat poſſident, per text. *in l. 3. ff. hic.* in verbis: *an hæreditatem in poſſeſſoribus Jure ordinario* (id eſt, petitione hæreditatis) *vindicare velit.* Gloſſa *ibi.* Eckolt. *ff. hoc tit. in §. 5.* Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. theſ. 98. in fine.* Quin ſi quis experiri vellet Judicio poſſeſſorio, ei non foret denegandum interdictum quorum bonor.

6 Ad rationes in adverſum allatas reſpondeo, textum *in l. final. Cod. h. tit.* eſſe ſubaudiendum, quòd nulla detur actio criminalis, quàm præſens expilatæ hæreditatis extraordinaria accuſatio, non autem, quòd nulla alia civilis. Faber in ſuo *Cod. h. tit. defin. 2.* Minùs ſtringit, quòd introductio hujus extraordinarij remedij non fuiſſet neceſſaria, ſi præſtituta fuiſſent ordinaria, complura quippe in Jure occurrunt exempla, queîs pro varijs negotijs plura agendi remedia ſunt decreta, quæ, ſicut in hoc caſu, ad diverſos tendunt fines: accuſatio enim extraordinaria collimat ad pœnam infligendam, cætera verò ad rei reſtitutionem.

Quod ſi verò Cohæres res quasdam ex hæreditate jacente ſibi applicavit, tunc actione familiæ erciſcundæ pulſandus venit. *l. 3. Cod. famil. erciſ.* Cujac. *Cod. ad hunc tit.* Eckolt. *ff. eod. §. 4.* Brunneman. *in dict. l. 3. Cod. famil. erciſcundæ.* Ratio eſt per ſe manifeſta, cùm potiùs ſuam, quàm alienam rem ſubmoviſſe cenſeatur, atque delictum non præſumatur, ſed probari debeat, quemadmodum ſocius, ſi quid ex rebus ad ſocietatem pertinentibus ſubtraxit, ſuas res, non alterius ſocij accepiſſe præſumitur; niſi manifeſtus dolus cohæredis, res hæreditarias amoventis, pateret, tunc enim ab accuſatione extraordinaria haud foret excuſpandus, prout tradit Gloſſa *in l. 3. Cod. Famil. erciſ.* Brunneman. *Cod. eod.* Addatur textus *in l. 51. ff. pro ſocio.* 7

Quæ etſi de Jure civili communi ita obtineant, alia tamen hujus criminis de Jure Carolino hodie eſt ratio, & in ſpecie ambigitur, qua pœnâ coërcendi ſint expilatores hæreditatis? Complures Authores hoc in paſſu docent, expilatores hæreditatis pœnâ mortis affici, in Auth. 8

ſed

sed novo Jure Cod. de servis fugit. Carpz. *in praxi criminal. part. 2. quæst. 83. n. 80.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 98.* & alij relati à Brunnemanno *in l. ult. Cod. de crim. expilat. hæred.* suamque doctrinam solidant in Carolina pœnali *art. 165.* At ego his Authoribus assentiri non possum, ratio est, quoniam, quemadmodum ipse Ulpianus *in l. 1. § 1. ff. de effract. &c.* expilatores inter fures atrociores refert, ita Carolina Nemesis *cit. art. 165.* loquitur solummodò de cohærede, uxore, vel marito, non verò de extraneo expilante, prout expressè tam ex rubrica, quàm nigro allegati articuli liquet.

Pro clariori intellectú lubet adscribere tam rubricæ, quàm articuli contextus. Rubrica ita sonat: So einer etwas heimblich nimbt von Güttern / deren er ein extran Erb ist. Dein nigrum ita sonat. So einer aus Leichtfertigkeit oder Unverstand etwas heimblich nehme von Güttern / deren er sonst ein extran Erb ist / oder / so sich dergleichen zwischen Mann und Weib begebe / und ein Theil den andern darum anklagen würde / soll Richter und Urtheiler mit Entdeckung aller Umbständen bey den Rechts-Verständigen anordnen und enden / wie zu Ende dieser unser Ordnung angezeigt / Raths pflegen / auch erfahren / was in solchen Rechten das gemeine Recht seye / und sich darnach halten / doch soll die Obrigkeit / oder Richter in diesen Fällen von Ambts wegen nicht klagen / noch straffen: ex quo contextu plus quàm manifestè liquet, hunc articulum nullo modo de expilatore extraneo loqui, sed solummodo de cohærede, uxore vel marito, quemadmodum nervosè atque prolixè deducit Otto Tabor *ad cit. art. 165.* quam ob rem, quemadmodum hodie cæteris furibus pœna laquei est decreta, ita & expilatoribus exttraneis, qui fures atrociores appellari solent *cit. l. 1. ff. de effract. & expilat.* haud dissimilis pœna veniet adjudicanda, præsertim cùm tales expilatores de Jure Carolino nullibi à reliquis furibus secernantur.

ACTIO

Sive Judicium de Crimine Stellionatûs.

SUMMARIUM.

1. *Plura sunt negotia & delicta, quàm vocabula.*
2. *Unde derivetur crimen Stellionatûs?*
3. *Quid sit crimen Stellionatûs?*
4. *Subiiciuntur exempla, quibus hoc committitur crimen.*

5. Utrùm

5. Utrùm ille, qui rem duobus, aut scienter rem alienam vendit, in hoc crimen incidat?
6. Quale ratione hujus criminis competat remedium?
7. Licet pœna sit arbitraria, est tamen aliquo modo ad certum terminum restricta.
8. Utrum hoc Judicium infamet?
9. Subjicitur varia distinctio.
10. Quibus modis accusatio extraordinaria hujus criminis cesset?

1 Vigesimam sedem ingreditur Judicium de Crimine stellionatûs. Cùm plura sint negotia, quam vocabula, *l. 4. ff. de præscript. verb.* sæpissimè ob verborum penuriam generale nomen supponere compilatores Jurium cogebantur, quemadmodum patet in modis ob mortem alicujus acquirendi, qui plures sunt, quàm ut certo & determinato nomine insigniri possint, unde generali vocabulo mortis causâ capionem introduxerunt, quæ suo ambitu omnes complectitur. *l. 18. l. 31. ff. de donat. mort. caus.* Cujac. *ff. hic.* Otto Tabor. *Racemat. extraord. crimin. Stellionat. pag. 1.* Pariformiter Contractibus alijs certa contrahendi forma, determinatúmq; nomen, atq; propria actio est data, alijs verò generalis, præscriptis nimirùm verbis, actio præstituta. Quemadmodũ ergò in cõtractibus & negotijs licitis, ita non minùs in delictis, ob frequentiam & multitudinem iniquitatum & imposturarum, determinata deficiunt verba, nec enim tot possunt reperiri vocabula, quot delicta, quæ proprio & constanti nomine discriminata sua significatione comprehenderent, & tametsi vocabulũ doli sit sat laxum, & plures imposturas suo stringat ambitu, atrocior tamen dolus committi potest, quin ille civili actione coërceri possit, unde aliud vocabulum adhuc introduci, & in subsidiũ evocari debuit, placuit verò præprimis vocabulum *Stellionatûs.*

2 Quod vocabulum à varijs variè derivatur, quemadmodum cernere est apud cit. Ottonem Tabor. *cit. loc. thes. 1.* & Petrum Mylerum *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 99.* Cujac. *ff. hic.* Potiorum Authorum calculo approbata est illa derivatio, quâ appellatur Stellio à certo lacertorum genere, maculas in dorso stellarum instar habente, quod animal versutissimum dicitur, & nullum aliud fraudulentius homini invidet, atq; magis insidiatur, quàm Stellio. Menoch. *de arbit. Judic. lib. 2. Cas. 381.* Salycetus *in l. 1. Cod. h. t.* Petrus Mylerus *in Struv. cit. loc.* Metaphoricè igitur hoc vocabulum denotat hominem vafrum, & decipiendi peritissimũ, qui & varijs oris & animi imposturis, & subdolis artibus alijs solet insidiari.

3 Re ipsa autẽ nihil aliud est, quàm crimen, seu delictum extraordinarium innominatum, quod quis dolo, dissimulatione, aut alio turpi modo in fraudem alterius committit.

Cum qua coincidunt illæ descriptiones, quas adstruunt Otto Tabor. *dict. racemat. thes. 5.* Theod. *in suo Judic. criminal. cap. 3. aphoris. 17.* Non ideò verò dicitur innominatũ, quòd omni careat nõine, sed quia generali compellatur nomine ad instar contractuum innominatorum. *l. 3. & l. 4. Cod. hic.* Ut ergò delictum aliquod dicatur innominatum, duo deposcuntur. Primò existentia delicti, ita ut sit delictum commissum, quod pœnam promeretur. Secundò, ut careat specifico, sed communi solummodo exprimatur nomine; quoties igitur certa accusatio, certúsque titulus criminis non occurrit, toties generalis titulus Stellionatûs adhiberi solet, & quod in privatis delictis est actio de dolo, id in criminibus est persecutio seu accusatio extraordinaria Stellionatûs. *l. 3. §. 1. ff. hic.* Brunnemannus ibi. Ekolt. *ff. eod. §. 1.* Petrus Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 99.*

4 Ut igitur hæc materia promptiùs imbibatur, placet aliqua exempla subjicere, quibus crimen hoc committi solet. Primum est, quo quis rem, sive mobilis sit, sive immobilis, alteri obligatam, dissimulatâ seu suppressâ jam antecedenter contractâ obligatione, distrahit, permutat, aut in solutum dat. *l. 3. §. 1. ff. hic. l. 1. Cod. eod. l. 16. §. 1. & l. 36. ff. de pignor. act.* Antonius Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 7.* Menoch. *de arbit. Judic. cas. 381.* & plures relati à Tabor. *cit. racemat. thes. 7.* Secundò in hoc crimen incidit, qui æs pro auro subdolè alicui in pignus dat, per apert. text. *in cit. l. 36. ff. de pignor. rem act.* aut tertio, si rem alienã creditori ignoranti subjicit. *l. 16. l. 36. ff. de pig. act. l. 2. Cod. h. t.* Quartò, si quis creditor vel non numeratam pecuniam exegerit, vel numeratam & semel solutam rursus petit, & accipit. *l. 29. §. 5. ff. mandati.* Videatur ibi Glossa. Bartol. Brunneman. *in dict. §.* Quintò, *ex l. 3. ff. hic.* varia possunt adornari exempla, quêis hoc crimen committitur, si quis torquẽ non aureum pro aureo vendat, vel si merces vendat corruptas, & distrahat, seu denique, qui crocum seu similem materiam aridam in locis humidis detinent, ut pondus augeant, sive qui in summitate sacci poma decumana, in imô autem arida & putrida collocant. Videatur Petrus Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 109.* Sextò, quando quis dissimulata personæ qualitate & conditione se opulentum jactat, tametsi inops & pauper sit, ut promptiùs æs alienum contrahere, & Creditores decipere queat, de quo hominum genere attestatur Wisenbach. *ff. h. tit.*

Hîc verò enascitur quæstio, utrùm, quemadmodum ille, qui rem alij obligatam, dissimulata priori obligatione, alij denuò in solidum obligat, incidit in crimen Stellionatûs, nisi utrique sufficiat, *l. 36. §. ult. ff. de pig. act.* ita quoq; ille, qui 5

eam

eam rem duobus in solidum vendit? Quod sine dubio est negandum, siquidem expressè, & nominatim hic posterior ex Constitutione Hadriani falsi tenetur: *l. qui duobus. 21. ff. ad leg. Cornel. de fals.* tunc enim primò alicui crimen Stellionatûs objicitur, quando alterius criminis titulus & appellatio deficit. *l. 3. §. 1. ff. hic.* Wisenbach. *ff. eod.* Otto Tabor. *in cit. racemat. thes. 10.* Ambigi non minùs potest de illo, qui scienter rem alienam vendit, utrùm crimen hoc perpetrare censeatur? Dubitandi verò ratio *ex l. 28. ff. de contrahend. empt.* oritur, ubi asseritur, rem alienam distrahere quem posse, nullam esse dubitationem. Sed cùm eadem sit vendentis rem alienam, quæ est oppignorantis improbitas, & *l. 3. §. 1. ff. hic.* generaliter eum stellionem constituat, qui imposturam & collusionem, in detrimentum, & necem alterius fabricavit, haud dubiè in hoc crimen illabitur.

6 His ergò deductis speciebus, in effectum, seu persecutionem hujus delicti venit inquirendum, quæ non est aliud, quàm Accusatio extraordinaria, qua is, qui dolo alterius fraudatus est, pœnam arbitrariam impostori petit injungi. *l. 3. §. 2. ff. hic.* Conceditur hæc persecutio omnibus, quorum interest, adversùs eos, à quorum imposturis sunt læsi, tam Creditori, quàm etiam debitori. *l. 3. §. 1. ff. hic. l. 4. Cod. eod. l. 36. ff. de pign. act.* Circa objectum hujus criminis ambigitur, utrùm rei restitutio & damni resarcitio veniat in hanc persecutionem extraordinariam, vel an seorsim sit vindicanda res, adeò ut pœnam, & rem separatis actionibus læsus persequi queat? Respondeo, variè solet Judex juxta suum arbitriũ extraordinariè cognoscere, aliquando enim rẽ restituere jubet, simul ac pœnam decernit, aliquando verò solùm criminaliter animadvertit; priori casu haud dubiè cessat rei persecutio, cùm actor jam sit rem consecutus, in posteriori autem neutiquam prohibetur rem persequi. *l. unic. Cod. quãdo Civil. act. l. 3. Cod. de condict. ob turp. caus.* Nec refragatur textus *in l. 56. §. 1. ff. de furt.* siquidem inibi non agitur de concursu actionis rei persecutoriæ, & persecutionis criminalis, sed pœnalis privatæ, quæ pœnam pecuniariam parti applicandam persequitur. Conferatur Brunneman. *in dict. l. 56. ff. de furt.* Zoës. *ff. eod. n. 28.* Otto Tabor. *Racemat. 3. thes. 25.*

Tametsi verò pœna sit arbitraria, est tamen aliquo modo ad certum terminum restricta, quemadmodum liquet *ex l. 3. §. 2. ff. hic.* 7
in plebejis enim & humilioribus est condemnatio in metallũ, in honoratioribis verò sola relegatio, aut ab ordine motio, ulterius verò in condemnando procedere Judici non est datũ, secundùm *l. 3. §. 2. ff. hic.* Jacob. Cujac. *in Cod. h. t. in fine.* Struv. *in suis Evolut. exercit. 48. thes. 74.* Tabor. *in Racemat. extraord. ad hunc. tit. thes. 26.*

Alia hîc infesta, & vario concer- 8

 tan-

tantium DD. conflictu agitata exsurgit quæstio, utrùm nimirum hoc crimen infamiam irroget? Duo Ulpiani sibi ad invicem discrepantia loca hujus quæstionis difficultatẽ substernunt, primum *in l. 13. § ult. ff. de his, qui not. infam.* in verbis: *Crimen Stellionatûs infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est Judicium.* Alterum autem in *l. 2. ff. hic.* ubi dicitur: *Crimen Stellionatûs quidem famosum non esse, sed coërcitionem extraordinariam habere.* Quàm variè hæc loca conciliare attentent, desudéntque Authores, cernere est apud Hilliger. in Donell. *lib. 8. cap. 8. litt. R.* Bachov. *in Treut. vol. 1. disput. 8. thes. 6. litt. C.* Faber. *conject. lib. 8. cap. 2.* qui audaciori ausu particulam *non* in cit. *l. 2.* tollit. Duarenum *lib. 1. disput. 41.* Cujacium *lib. 10. obs. 26.* Theodoricum *in suo Collegio criminal. disput. 3. thes. 17* Ott. Tabor. *cit. Racemat. singular. thes. 28.* Alij verò, quos inter est Donellus *cit. lib. 18. cap. 8.* Cujac. & plures allegati à Brunnemanno *in l. 2 ff. de Stellionat.* distinguunt, vel enim concurrit cum hoc crimine civilis actio famosa, vel non? si prius, crimen hoc infamat, secùs, si posterius. At hæc conciliatio ideò sustineri nequit, quoniam, etiamsi non concurrat actio civilis famosa, tamen infamiam irrogat, cùm indistinctè dolum annexum habeat. *l. 3. §. 1. ff. hic.* Alij verò, in quorum numerò sunt Martinus & Bulgarus Glossatores, interponunt discrimen inter Judicium Stellionatûs per se consideratũ, atque inter effectũ expressæ in condemnatione infamiæ, ex hoc enim, quòd Ulpianus asserat *in l. 2. ff. h. t.* Judicium per se consideratum ex natura sua non esse semper famosum, non sequitur, illud non posse per condemnationem fieri tale, in quo sensu subaudiendum puto textum *in l. 13. §. ult. ff. de his qui not. infam.*

Sed neque hæc placet distinguendi ratio, siquidem, quando de infamia per hoc crimen irroganda quæritur, condemnationem subsecutam esse, ideò supponendum est, quoniam, quemadmodum ex nullo crimine, nisi notorio & à Jure notato, etsi publici Judicij causam sortiatur, infamia irrogatur, nisi sententia sequatur *l. infamiam 7. ff. de public. Jud.* ita Ulpian. *in l. 13. §. ult. ff. de his, qui not. infam.* ait: *infamiam irrogat. damnato:* atque *in l. 2. ff. hic.* quoque loquitur de Judicio Stellionatûs, ac coërcitione, id est, condemnatione; adeoque supponere videtur sententiam Judicis præcessisse. Mihi inter alias conciliationes non displicet, quam Georgius Adamus Struvius *in suo Godofredi. Tom. ad hunc tit.* subijcit, nimirùm, quamvis hoc Judicium sit famosum, non tamen semper infamare, sed quia legitimam & certam non habet pœnam, juxta Judicantis arbitrium intelligendos esse textus, tunc primùm condemnatum fieri infamen, si in sententia sit expressa infamia. Adde aliter discurrentem Joann. 9

Ja-

Jacob. Wisenbach. *ad Pandect. part. 1. disput. 11. thes. 33.*

10 Delineata definitione, deductísque requisitis & effectibus hujus criminis, in ejus inquirendum est contraria, seu modos, quêis accusatio hæc extraordinaria submovertur. Cessat ergò primò, si adversarius de fraude & calliditate participet. *l. 2. Cod. si alien. res pig. l. 16. §. 1. ff. de pig. act.* Secundò, quamvis cætera delicta pœnitentiâ, seu oblatione rei raptæ non aboleantur, *l. 5. ff. de furt. l. pen. ff. de vi bon. rapt.* singulare tamen est in hoc crimine, quòd factâ ante litis contestationem debiti oblatione extinguatur. *Arg. l. 1. Cod. h. tit.* Ratio singulariter deducitur à sæpè alleg. Tabor. *in cit. Racemat. thes. 33.*

ACTIO

Contra terminorum motores.

SUMMARIUM.

1. *Quid sint Termini?*
2. *Prima eorum divisio.*
3. *Subjicitur secunda divisio.*
4. *Quid sit movere terminum, & quæ actio inde enascatur?*
5. *Declaratur pœna hujus delicti per casus.*
6. *Præfigitur Cautela.*
7. *Actio de termino moto non datur contra hæredes, etsi aliquid pervenit.*

1 VIgesimum primú numerú intrat Actio contra terminorum motores præstituta. De origine, derivatione, & antiquitate terminorum videatur Halicarnas. *de antiquitate Romana. lib. 2.* Joannes Oetinger *de Jure limitum. l. 1. cap. 2. lit. G.* Petrus Mylerus *in not. ad Struv. exercit. 48. thes. 110.* potissimùm dicitur terminus à terminando, eò quòd terræ mensuram determinet, & declaret. Hieronymus à Monte *in tract. de fin. reg. cap. 15. n. 3.* Dici potest limes, qui agrum ab agro, Regionem à Regione, aut possessionem unius prædij ab altero secernit. *Arg. l. 3. §. 1. ff. de acquir. poss.* dicuntur passim arbores, seu lapides terminales. Conferatur allegatus Oetinger *dict. lib. 1. cap. 2.*

Porro termini dividuntur primò in naturales & artificiales. Illi sunt, quos natura designavit, & ab hominibus pro terminis recepti sunt, quales sunt montes, valles, flumina, vici, fossæ, aggeres. Hi sunt, qui arte & industria humanâ constituti sunt, ut 2

ut ſunt petræ notatæ, & lapides inſigniti, terræque infixæ columnæ, arbores ſignatæ, colliculi fictitij aufgeworffene Hüglein. Oetinger. *dict. tract. cap. 3. n. 10.* & plures relati à Petro Mylero *dict. loc.*

3 Secundò dividuntur in publicos, & privatos, ac communes. Publici ſunt, qui territoria diſterminant, vulgò Gränitzſtein. His aſſimilantur, quibus diſcernuntur Jura venandi, lignandi, vel decimandi. Jagt- und Forſtain / Zechentſtain. Inter terminos communes referuntur lapides angulares, Otthſtain / item, qui à duobus lateribus tantùm habent ſigna eines Landtſtain. In cæteris verò requiſitis naturam terminorum privatorũ ſortiuntur. Conferatur Rolandus *de Commiſſar. lib. 6. cap. 1. n. 9.* Mynſinger *cent. 6. obſ. 25.* & alij relati à Petro Mylero *in not. ad Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. theſ. 110.*

4 Terminum autem movere in lata ſignificatione aliud non eſt, quàm terminum dejicere, evertere, effodere, avellere, tranſportare, aut dolo malo propellere, aut denique finium obſcurandorum causâ priſtinam mutare formam. In genere verò terminus duplici modo moveri dicitur. Primò, per evulſionem, ſeu ablationem terminorum, ſi quis videlicet arandò, vel effodiendo evertit, vel ſecum aufert. Secundò, per tranſpoſitionem, quando quis terminos transportat in alium locum, limites ſuorum prædiorum diſtendendi gratiâ. Unde termini motio commodè deſcribi poteſt, quòd ſit crimen extraordinarium à confini, vel tertio quodam, in confinio dolosô animô terminos amovendo, ejiciendo, aut alio modo commiſſum. Enaſcitur igitur ex hoc crimine actio in factum competens confini contra confinem, vel Domino contra extraneum terminos malitiosè moventem, ad hoc, ut delinquenti pro facti qualitate pœna infligatur. Hærſolden *in adverſ. de act. part. 1. act. 28.* Pœna verò pro varia facti qualitate quoque varia eſt: non vacat equidem tam à Judæis, quàm antiquis Romanis, & in ſpecie tempore Numæ Pompilij exactiùs perquirere huic crimini præſtitutam pœnam, quæ videri poteſt apud Andream Knichen. *de ſublim. territor. Jur. cap. 4. n. 276.* Speidel. *in verbo* Marckſtain. PetrumMyllerum *in not. ad Struv. cit. theſ.* ſed lubet potiùs claritatis gratia per caſus, quêis hoc crimen perpetratur, varietatem pœnæ declarare.

Primus ergò caſus eſt, quo quis extraneus terminum movit, eo tantummodò fine, ut diſcordias & lites inter confines ſeminet, hic incidit in conſtitutionem Julij Cæſaris legis agrariæ *in l. ult. ff. hic.* relatam, qua contra terminorum propulſores, ſeu motores pœna pecuniaria eſt præfixa, nimirum in terminos ſingulos, quos delinquens ejecerit, locóve moverit, 50. aureos in publicum dandi, ſeu fiſco in ſolidum inferendi. Hilliger *in Donell. lib. 19.* 5

cap. 1. lit. L. Bachov. *in Treutl. vol. 1. disput. 4. thes. 9. lit. B.* Petrus Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 110.*

Alter casus emergit, quo quis terminos propellit, prædia sua dilatandi, seu distendendi causâ, talis pro qualitate personæ & ætatis, corporali coërcetur pœnâ. Personæ splendidiores, si factum hoc commisisse convincantur, in tempus, ut cujusque patitur ætas, relegantur, id est, si junior, in longius, si verò senior, in brevius. Illi autem, qui in hoc crimine ministerio functi sunt, priùs castigandi, exinde biennio in opus publicum dandi sunt, nisi per ignorantiam lapides abstulerint, tunc sufficit eos verberibus cædere per textum litteral. *in l. 2. ff. hic.* quò collimat Carolin. pœnal. *art. 114.* in verbis: Welcher böẞlicher und gefährlicher Weiß ein Untermachung / Reinung / Mahl / oder Marckstain verrucket / abhauet / oder verändert / der soll darumben peinlich an Leib nach Gefährlichkeit / Gröẞ / Gestalt / und Gelegenheit der Sachen / und Person nach Rath gestraffet werden. Quæ constitutio quoque sibi vendicat locum de nostro statuto Bavarico. Land-Freyheit. *part. 1. art. 16. §. 20.*

Tertius est casus, quandò quis post motam finalem quæstionem, seu litem jam contestatam, terminos communes ad Jura adversarij obscuranda, litémque aggravandam submovit, aut propulit, quo casu non modò pro facti circumstantijs puniendus, sed & compellendus est ad spatium amotum, & tantundem de suo, simul ac omne damnum & interesse restituendum. Farinac. *quæst. 168. n. 108.* Albericus de Rosate. *ff. hic. ad rubric. n. 4.* Hieronymus de Monte *in tract. de fin. reg. cap. 34. à n. 1.*

Quartus casus est, quo quis lapides terminales fraudulento, ac furandi, in suámque utilitatem convertendi animô amovet, & aufert, in quo casu juxta sententiam Farinac. *dict. loc. n. 100.* vel criminaliter in eum animadvertendum, vel civiliter ad pœnam dupli, vel quadrupli agendum, prout vel manifestè, vel nec manifeste terminos furatus est.

6 Pro cautela tamen est notandum, quòd in dubio adversùs Confinem potiùs actio finium regundorum, quàm supra annotata actio in factum de termino moto sit instituenda, ratio est, cùm dolus sit difficilis probationis; in actione verò finium regundorum excursus rei dolum demonstrat. Adversùs tertium autem, non confinem, actio finium regundorum moveri nequit. *arg. l. 1. & 2. ff. hic.*

7 Adversùs hæredes verò actio de termino moto non datur, cùm ortum habeat ex delicto, in quo non potest fieri relatio à defuncto ad hæredem, etsi lis cum defuncto foret contestata, ratio est, quia hæc est comparata ad pœnam delinquenti infligendam. *l. 3. & l. pen. Cod. si reus vel accusat. mort. &c. l. 20.*

l. 26

l. 26. ff. de pœnis. Quòdsi verò ex delicto aliquid ad hæredes pervenit, dabitur actio ad exhibendum, condictio, seu rei vindicatio, prout vel res ipsa, vel ejus æstimatio petitur. *l. 5. ff. de Calumn. l. 1. ff. de privat. delict. l. 2. §. ult. ff. de vi bon. rapt. l. 1. Cod. de delict. defunct. in quant. hæred. conven.* Ultra unius anni spatium admittat actionum prætoriarum actio de termino moto non protenditur. *l. 5. ff. de his, qui effud. vel dejec. l. ult. ff. de popul. act.*

ACTIO

Sive Judicium contra instaurantes Collegia illicitâ, Expositores infantium, validos Mendicantes, & alios similis fæcis homines.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Collegium?*
2. *Adstruitur divisio Collegiorum?*
3. *Collegium potest per unum conservari.*
4. *Quæ pœna Collegijs illicitis sit definita.*
5. *Inter crimina extraordinaria refertur infantis expositio.*
6. *Simul ac improba mendicitas, & alia ibi enarrata.*

1 Vigesima secunda est Actio, sive Judicium contra instauratores Collegiorum illicitorum &c. præstitutum. Ad crimina extraordinaria refertur quoqueCollegium illicitum, seu absque superioris authoritate instauratum, *l. 3. §. 1. ff. hic.* quisquis enim Collegium illicitum usurpaverit, eâ pœna tenetur, *quâ tenentur, qui hominibus armatis loca publica vel templa occupâsse judicati sint,* verba sunt Ulpiani *in l. 2. ff. hic.* Collegium autem à colligendo, seu coactione hominum dictum, variè solet describi, à quibusdam enim dicitur Cœtus, & coalitio Sodalium, ob idque Sodalitia vocantur. *l. 4. ff. hic.* Henricus Zœsius *ff. eod.* Alij verò concinniùs illud delineant, asseruntque, Collegium esse corpus ex pluribus individuis constans, uno eodémque Jure gaudens. Amadæus Eckolt. *ff. eod.* Wisenbach *in disp. 85. ff. de V. S.* Mihi videtur enucleatiùs definiri posse, esse legitimam trium, pluriúmque personarum ejusdem conditionis & potestatis consociationem: *l. 85. l. 173. ff. de V. S.* congruit enim magis hæc definitio menti Narratij & Ulpiani *in dict. ll.* quàm prior.

Di-

2 Dividitur Collegium in licitum, & illicitum. Illud eſt, quod SCtô, vel Authoritate Principis approbatum & fundatum eſt, unde ad collegium licitum depoſcuntur litteræ fundationis, & privilegia à Magiſtratu data. *Cap. porrò extra de privileg.* In legitima igitur Collegia referuntur Facultates Doctorum, ſeminaria ſcholarium, aliáque loca pietatis causâ inſtaurata, juxta ea, quæ annotat Marcianus *in l. 1. §. 1. ff. hic.* quêis adjiciuntur Collegia artificum, opificum, naviculariorum, & ſi quæ id genus alia. *l. 1. §. 2. & l. 3. §. 1. ff. hic.* Illicita verò ſunt, ſicut ſub exordiô eſt facta mentio, quæ absque SCtô, Principis, ſeu ſuperioris authoritate inſtaurata, atque ideò ad crimina extraordinaria reducuntur, quoniam conventiculorum naturam imbibunt, quæ ſunt congregationes hominum illicitæ, in pravum conglomeratæ finem, ex quibus factiones, ſeditiones, ac tumultus, per quos Reſpublica turbatur, & concutitur, enaſci ſolent. Eckolt. *cit. loc.* Farinac. *quæſt. 113.* Gregorius Tholoſanus *l. 15. Synt. tit. 32. n. 1.* Porrò diſtant Collegia à Corporibus, cùm Collegium ſit plurium perſonarum, Corpus verò plurium Collegiorum, Eckolt. *ff. hic.* adeóque ab univerſitate, ut pars à toto. Knipſchild. *de Civit. Imper. lib. 5. cap. 2.*

3 In hoc paſſu autem inter cætera probè eſt annotandum, quòd, etſi Collegium per unum poſſit conſervari, haud tamen per pauciores, quàm tres inſtaurari perſonas poſſit. Carpz. *part. 1. conſtit. 26. n. 3.* Secundò, quòd aliqua Collegia, quæ ex ſua natura quidem illicita ſunt, nihilominùs tolerentur potiùs, quàm approbentur, qualia ſunt Collegia Judæorum. *l. fin. Cod. de Judæis & Cælicol.* Ratio ſubeſſe poteſt, cùm in ijs ſit ſpes converſionis ad fidem. Carpz. *part. 3. conſtit. 13. defin. 36.*

Porrò pœna, Collegia illicita uſurpantibus definita, eſt arbitraria, aliquando enim diſſolvuntur Collegia, & pecunias, ſi quas communes habent, dividendi licentia conceditur. *l. 3. ff. hic.* ibique Gloſſa. Bartol. Brunnemanus. Wiſenbach. *in hoc tit.* Subinde obſtringuntur eâdem pœnâ, qua coërcentur, qui armatis hominibus loca publica, vel templa occupant, prout ſub exordio dictum fuit, *l. 2. ff. eod.* id eſt, pœnâ legis Juliæ de vi. *Arg. l. 3. l. 5. ff. ad leg. Jul. de vi public.* ſi verò ultimò collegium contractum eſt ab hominibus ſeditioſis rerũ novandarum gratiâ, tunc incidunt in pœnam legis Juliæ Majeſtatis. Weſenbec. *ff. hic.* Wiſenbach. *ff. eod.* 4

Criminibus extraordinarijs accenſetur etiam infantis expoſitio, *l. 2. Cod. de infant. expoſ.* quæ potiſſimùm duobus fit modis, aut enim doloſô animô necandi, aut non animô necandi, ſed magis miſericordiæ (quam mater exponens exuit) à prætereuntibus, & invenientibus permovendæ & conciliandæ gratiâ? *Arg. l. 4. ff. de liber. agnoſ.* Priori 5

ri casu saltem secundùm hodiernam praxim distinguendum esse arbitror, aut enim infans expositus fuit vivus & salvus repertus, & tunc exponens pœnâ legis Corneliæ seu Pompejæ de parricid. non obstringitur, sed pœna fustigationis cum relegatione imponenda erit, ratio est, quia effectus non fuit secutus. Matthæus Coler. *decis. 158.* Si verò mors fuerit secuta, pœnæ parricidij subjacet. Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæst. 10. n. 8.* Ratio est per se manifesta, cùm idem sit occidere, vel mortis causam præbere, *l. 15. ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* Posteriori verò casu tantummodò extraordinariè punitur. Gloss. *in l. 2. Cod. de infant. expos.* Wesenbec. *ff. ad leg. Cornel. n. 14.* Menoch. *de arbitr. Judic. lib. 2. cas. 396.* Jungatur Carpz. *cit. loc.* item

6 Ad crimina extraordinaria reducitur improba mendicitas. *l. unic. Cod. de mendicant. valid.* Ordinatio Politica *de anno 1577. tit. 17.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 93. à n. 72.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 114.* Perpetratur hoc crimen à nulla corporis infirmitate laborantibus, panem, stipémque ostiatim quærentibus, ut ex alienâ potiùs, quam propriâ industria quæsito vivere queant victu, ad quem finem plerumq; morbos, vulnera, aut casum fortuitũ incendij, spoliationis, publicæ devastationis, mentiuntur, & litteras eum in finem exaratas, atque Sigillo munitas usurpant, aut etiam absque litteris morbos & defectus naturæ simulant, tales cum fustigatione perpetuam merentur relegationem, Petrus Heig. *part. 2. quæst. 27. n. 21.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 93. n. 75.* Petrus Myller. *in not. ad Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 114.* annexum est enim huic delicto crimen falsi, & furto simillimum, & tametsi falsarij non forent, optimo tamen Jure tanquam stelliones & impostores fustigatione cum perpetua relegatione coërcentur, taliterq; sæpè judicatum attestatur allegatus Heig. *dict. loc. n. 26* His quoq; accenseri possunt Cingeri, seu Zingari, vulgò Zigeiner, colluvies hominum, aut caterva furum, & nebulonum, quos tanquam nefarios homines in Republica tolerari iniquum est, eúmque in finem Carolus Imperator in Recess. Imperij *de anno 1548. tit.* von den Zigeinern *27.* districtè imperavit, & constituit, ne eis concedatur transitus per territoria Principum, aut salvus conductus indulgeatur. Hoc ipsum confirmavit Rudolphus secundus *in Ordin. Polit. de anno 1577. tit. 28.* Quin Georgius Adamus Struv. *in tract. de vindict. priv. cap. 3. aphoris. 8.* defendit, impunè eos posse occidi, per Recess. Imperij de anno 1500. & Reformat. Ord. Polit. *de anno 1530.* De imperitia Medici, quæ à non paucis inter crimina extraordinaria recensetur, vide *Carolin. pœnal. art. 134.* & Authores relatos à Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 114.*

ACTIO

Popularis, ejusque diversa genera.

SUMMARIUM.

1. *Quid sint Actiones populares, & unde dicta?*
2. *Divisio harum actionum.*
3. *Tangitur secundum & tertium genus harum actionum.*
4. *Annotantur specialia harum actionum.*
5. *Explanantur ulteriora specialia.*
6. *Ad quem pœna, quam ha actiones persequuntur, pertineat?*
7. *Defenditur eam esse dividendam inter actorem, & fiscum.*
8. *Refutantur prolixè rationes Adversariorum.*

1 Vigesimum tertium locum obtinent Actiones populares, quæ hoc nomine ideò insigniuntur, quia cuivis ex Civibus conceduntur, & jus populi vindicant; ac tametsi *in l. 30. §. 3. ff. de Jurejur.* publicæ appellentur, haud tamen descendunt ex legibus publicorum Judiciorum, conveniunt enim duntaxat ratione effectûs, & per accidens. Cujac. *in l. 7. ff. de dol. mal.* Wisenbach. *ad Pandect. part. 2. disp. 32. thes. 14.* Petrus Mylerus *in not. ad Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 48. thes. 115.* Joannes Schilter. *ad Pandect. exercit. 49. thes. 57.* Describi solent, quòd sint actiones personales, annales, pœnales quæ cuivis de populo dantur ad Jus populi tuendum, & pœnam exsolvendam. *Arg. l. 1. & l. final. ff. hic.* Eckolt. *ff. hic. §. 1* Schilter. *cit. loc.* Petrus Myller. *eod.* Non tamen omnes certam, eandemque sortiuntur naturam omnibus communem, sed talem, qualem Legislator ex certa ratione eis formavit. Aliæ inter eas sunt perpetuæ, *l. 2. §. 34. ff. ne quid in loc. publ.* aliæ quoque non pœnales. *l. 5. §. 5. ff. de his, qui effud.* quemadmodum ex speciali earum deductione liquebit.

Porrò actiones populares sunt in triplici differentia; aliæ sunt ordinariæ, aliæ extraordinariæ, aliæ denique interdicta. Videatur Eckolt. *ff. hic. §. 2.* In numerum prioris generis evocatur primò Actio de Albo corrupto, quæ ortum habet *ex l. 7. ff. de Jurisdict.* & in prima Sectione exposita jam est. Secundò ad actiones populares ordinarias refertur contemptæ Jurisdictionis & non admissæ executionis contumacia, *l. unic. ff. si quis jus dicent. non obtemp.* ex quo delicto enata Actio pariter in prima Sectione abundè deducta est. Tertia Actio popularis ordinaria est, quæ oritur ex dejectione vel effusione ex 2

Cænaculo facta, per quam liber homo occisus est. *l. 1. ff. de his, qui effud. vel dejec.* ibique Brunneman. & communiter Interpretes. vide Struv. *Synt. Jur Civil. exercit. 14. thes. 32.* Lauterbach *ff. dict. tit. thes. 5.* Hujus Actionis naturam Sectione secunda pluribus dilucidavi. Quarta actio popularis est ex Ædilitio Edicto in factum Prætoria, personalis, annalis, *l. 42. ff. de ædilit. edict.* quæ conceditur adversùs eum, qui feram bestiam solutam, quà vulgò iter fit, habet, ad ducentos solidos, si homo liber peremptus est. Videatur Theodoricus *cit. cap. 3. aphoris. 4.* Quinta popularis actio ordinaria dici potest actio in factum Prætoria, pœnalis, annalis, quæ conceditur contra eum, cui in testamento nihil est relictum, & testamenti tabulas aperuit, recitavit, vel descripsit testatoris morte necdum vindicata, ad pœnam 100. aureorum inter actorem & fiscum divendendam. *l. 25. §. 2. ff. de SCto Sylanian. & Claudian.* Parùm à natura harum actionum exorbitantes desumuntur condictiones *ex l. final. §. ult. ff. de collus. deteg. & l. fin. Cod. de Aleat.* quæ non minùs populares esse videntur, ac suprà recensitæ.

3 Alterum genus actionum popularium est, quæ enascuntur ex delictis extraordinarijs, quales sunt Sepulchri violati, atque Termini moti, quæ in suis locis jam specialiter sunt expositæ.

Ultimum genus est illarum, quæ ex interdictis ortum habent: & quidem primò, ex facto in cultum sacri loci injurioso ac damnoso nascitur actio prætoria, personalis, pœnalis, annalis, competens omnibus de populo contra facientem, vel quid deformitatis, seu incommoditatis causâ in locum sacrum immittentem, non minùs quoad prohibitionem, ne fiat, quàm ad restitutionem facti, seu immissi. *l. 1. & seq. §. 3. ff. ne quid in loc. sacro. l. 10. Cod. de Episc. & Cleric.* Bartol. Brunneman. *in dict. l. 1. ff. eod.* Theodoric. *cit. cap. 3. aphoris. 6.* Secundò produntur actiones populares ex delictis, contra Edicta Prætoris de locis, itineribus, & fluminibus publicis commissis, danturque actiones in factum Prætoriæ personales, omnibus & adversùs omnes. *l. 1. ff. de loc. & itinere public. l. 2. §. 1. ff. ne quid in loc. pub.* Ratio est, quia, quod ad usum omnium est destinatum, ijs peti potest, & hæ actiones contra naturam actionum popularium in perpetuum competunt, *l. 2. §. 34. & §. 44. ff. ne quid in loc. publ.* hoc tamen notato discrimine, quòd actio, seu interdictum pro loco publico proditum, sit solummodò prohibitorium, *l. 2. & §§. seqq. ff. ne quid in loc. publ.* ideòque ad opus consummatum tollendum non datur, ne ruinis urbs deformetur: *l. 2. §17. ff. ne quid in loc. publ.* quæ autem pro itineribus & flu-

fluminibus publicis deſtinata, ſimul ſunt reſtitutoria. *dict. L. 2. §. 43.* Vide latè exponentem Theodoric. *dict. Cap. 3. aphoriſ. 8.*

Ex quibus ergò liquet, has actiones non omnes enaſci ex Jure Prætorio, ſed unam, alterámve quoque ex Jure Civili, quas inter eſt actio de colluſione detegenda ex SCtô promanans, *L. 1. ff. de colluſ. deteg.* Actio de Aleatoribus, *L. 1. & L. fin. Cod. de aleat.* Actio de termino moto, quæ ex lege Agraria deſcendit. *L. 3. ff. de termin. mot.*

4 Quemadmodum autē hæ actiones ex natura ſuâ nec hæredibus, nec adversùs hæredes ut tales conceduntur, *L. ult. ff. hîc* ita regulariter ultra anni ſpatium non extenduntur. Multa verò ſortiuntur ex natura ſua legali ſpecialia hæ actiones, & quidem primò, quanquam cuivis de populo competant, debet tamen eſſe integra perſona, quæ ex edicto Prætoris poſtulare poteſt, *L. 4. ff. hîc*, eámque ob rem minor, qui annum 17. exceſſit, ad has actiones eſt admittendus. *L. 1. §. 3. ff. de poſtuland.* Submoventur autem mulieres & pupilli, niſi ad eos res pertineat. *L. 6. ff. hîc.* Secundò illi, queis ex SCtô Trebell. reſtituta eſt hæreditas. *L. pen. ff. eod.* quòd ſi verò plures concurrunt, præfertur ille, cujus intereſt, *L. 3. §. 1. ff. h. t.* in cujus defectu à Prætore magis idoneus eligitur. *L. 2. ff. eod.* Alterum ſpeciale in his actionibus reperitur, quòd non poſſint moveri per procuratorem, *L. 5. ff. eod.* quæ tamen aſſertio varias admittit exceptiones. Primò, reus populari actione conventus defenſorem conſtituere poteſt. *dict. L. 5.* Secundò, actiones pecuniariæ, ſeu quæ ob privatum Actoris damnum moventur, ſive privatæ ſint, ſive populares, per procuratorem intentari poſſunt, *L. 42. ff. de procurat.* ac propterea tertiò, ſi quis agat de via publica, ſeu ſepulchri violati, per Mandatarium judicium proſequi poteſt. *dict. L. 42. ff. eod.*

Tertium, quod complectuntur, ſingulare eſt, quòd ante litis conteſtationem actor non cenſeatur eſſe creditor, adeóque actionis popularis nomine non poſſit dari fidejuſſor. *L. 56. §. ult. ff. de fidejuſſ.* videatur Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 48. theſ. 116.* ibique Mylerus. Ekolt. *ff. hic.* §. 5. Ultimum ſpeciale eſt, quòd arbiter non poſſit compelli in actione populari, ut ſententiam pronuntiet. *l. 32. §. 7. ff. de recept. arbit.* Subjectum paſſivum, ſeu recipiens harum actionum, conſtituunt illæ perſonæ, quæ talia perpetrant delicta, quæ ſuperiùs ſunt enarrata. Ad hæredes autem, quemadmodum antecedenter fuit annotatum, non pertingunt, *L. ult. ff. hic*, niſi aliquid ex tali delicto ad eos perveniſſet. *L. unic. §. 10, ff. ne quid in flum. pub. L. 44. ff. de R. J.* 5

Pro coronide hujus materiæ lubet eam, quæ varijs diſcordantium DD. diſſidijs eſt decantata, ſubijcere controverſiam, cujus nimirum ſit pœna, quàm actiones populares 6

lares persequuntur, utrùm solius actoris, aut solius fisci, aut denique utriusque pro æqua portione?

Hilliger *in Donell. L. 19. cap. 1. lit. L.* arbitratur, pœnam integram fisco esse inferendam, *per L. 3. §. 5. ff. de sepulch. viol. L. 3. ff. de term. mot.* E diverso Struv. *Synt. Jur. Civil. exer. 48. thes. 118.* Brunnem. *in L. pen. ff. hic*, Gœddæus *ad l. 12. ff. de V. S.* totam Actori esse concedendam existimant. Eorum fundamenta solidantur primo *in L. 12. ff. de V. S.* ubi dicitur ex populari causa agens esse creditor. Secundò in Text. *in princ. Inst. de act.* ubi definitur actio esse Jus persequendi in Judicio, quòd sibi, non quod alteri debetur: at sub ea definitione quoque continentur actiones populares, ergò & hæ actiones debent persequi, quod actori debetur. Tertiò *in l. 3. ff. de sepulch. viol.* ubi expressè determinatur pœna Actori. Jungatur *L. fin. ff. de litigios.* Amadæus Ekolt. *ff. hic §. ult.* autumat, has actiones diversæ esse indolis, ob idque aliquando partem Actori, alteram fisco applicandam, *L. 25. §. 2. ff. ad SCt. Sylanian.* aliquando totam fisco, *L. ult. ff. de termin. mot.* sæpiùs autem & præsertim in dubio integram actori esse largiendam, *per L. 12. ff. de V. S. L. 3. ff. de sepulch. viol.*

7 Mihi cum Jacob. Cujac. *obs. lib. 10. cap. 10.* Treutl. *vol. 1. Disput. 4. thes. 9. lit. D.* Wesenbec. *ff. de Jurisdict. n. 13.* Vulteio *in §. penult. Inst. de act.* Theodoric. *cit. cap. 3. aphoris. 1. à n. 16.* neutra eorum placet opinio, sed in contrarium autumo, pœnam inter actorem & fiscum esse dividendam. Ratio est partim, quoniam nullum sufficiens fundamentum subesse videtur, cur tota agenti, qui in talibus actionibus nullo modo est læsus, exactio concedi debeat, minùs tota fisco, cùm nemo de populo facilè, cujus privatim non interest, foret, qui se alienis controversiis implicaret, & odium in se evocaret, nisi spe lucri alliceretur; ut igitur & causæ publicæ, quæ in his actionibus versatur, habeatur ratio, & simul inveniantur, qui eam persequantur, pœnam cum supra cit. Auth. dividendam esse arbitror. Corroboratur hæc assertio *per L. 25. §. 2. ff. de SCtô Sylan.* in verb: *palam est autem, popularem actionem esse, cujus pœna in 100. aureos ex bonis damnati extenditur; & inde partem dimidiam ei, cujus opera convictus erat, præmij nomine se daturum Prætor pollicetur, partem in publicum redacturum.* Et tametsi DD. contendant, in illa lege esse aliquid speciale, & à regula reliquarum actionum popularium exorbitans, applicationem tamen pœnæ inter actorem & fiscum dividendæ specialem esse, non apparet, sed potiùs videtur lex illa cæteras hac de re minùs clarè loquentes explicare, quod ex subjecta generali ratione haud obscurè desumitur, quia Prætor dimidium pœnæ actionis popularis, ibi propositæ, agenti præmij loco addicit,

dicit, quæ ratio non modò in illa actione, sed & in reliquis actionibus popularibus, in quibus privatum interesse non versatur, quemadmodum de Albo corrupto, de effuso, ejecto vel suspenso, militat, siquidem & in his actionibus non privatum vel proprium, sed publicum offensæ Jurisdictionis, aut violatæ legis popularis versatur interesse; quin non est novum, generalem legis, quamvis specialis, rationem ad alios casus quoque protendi, legémque specialem ob rationis identitatem generaliter intelligi. Bartol. *in L. Gallus 29. §. & quid. 5. ff. de lib. & posthum.* R. P. Wiestner *de Constit. art. 8. n. 137. & seqq.*

8 Nec adversantur rationes & fundamenta in adversum adducta, præsertim primum *ex L. 12. ff. de V. S.* siquidem ex hoc, quod agens ex populari causa post litis contestationem dicatur creditor, haud sequitur, integram ei deberi pœnam, sed hoc tum verificatur in parte dimidia, tum propterea, cùm solummodò is, non alius post litem contestatam ad agendum admittatur, ante verò litis contestationem omnes admittantur. *L. 2. L. 3. ff. hic*, Pariformiter ad text. *in princ. Inst. de act.* asseri potest, talem persequi dimidiam partem sibi debitam, adeóque respectu illius dimidiæ partis persequitur, quod sibi debetur, per consequens definitio actionis etiam in his popularibus suum assequitur effectum.

Nec penetro, quomodo Adversarij suum propositum per *L. 3. ff. de sepulch. violat.* stabilire queant, cùm textus solummodo loquatur de potestate agendi in casu, quo non adest, cujus privatim intersit, vel qui agere velit, cuivis alij concessâ, & quid hæc actio persequatur: cui verò illi 100. aurei adjudicari debeant, nil determinat, minùs illud decidit. *text. in L. 5. ff. de effus. & deject.* Postremum fundamentum, quod adversæ sententiæ Authores *ex L. ult. ff. de litigios.* adstruunt, generalémque conclusionem colligunt, ubicunque expressè non est decisum, cui pœna sit applicanda, privato Actori potiùs, quàm fisco esse faciendam, minimum negotium facessit, siquidem ibi non est quæstio de Judicio populari, sed privato, in quo aliàs id, quod petitur, de Jure agenti cedit: quin *cit. L.* specialis est, quod nempe duplum ideò in solatium litigans habeat, quia cum potentiori adversario, à quo difficulter rem litigiosam vindicare possit, decertare cogitur. Ad fundamenta eorum, qui totam pœnam fisco adjudicant, respondeo, ex hoc, quòd actiones populares Jus populi tueantur, non sequi, semper publicum interesse persequi debere, tametsi enim finis principalis sit Jus populi, & causa publica, rectè tamen petitio & exactio ex parte saltem pro litis onere, & periculo, quod subit actor per litis contestationem, in privatam potest transire utilitatem. Vide Einsidler. *de Regal. cap. 3. n. 104.*

ACTIO

Seu Judicium Legis Juliæ Majestatis.

SUMMARIUM.

1. Quid sit Lex Julia, & unde dicta?
2. Quid Crimen læsæ Majestatis, & à quibus committatur?
3. Quotuplex sit crimen læsæ Majestatis?
4. Recensentur casus, quêis Crimen perduellionis committi dicitur.
5. Quæ sit differentia inter Crimen perduellionis, & rebellionis?
6. Quibus modis Crimen læsæ Majestatis in specie committatur?
7. Percussio monetæ est Crimen læsæ Majestatis.
8. Qui Imperium ad tempus commissum non deponit, aut falsô Magistratûs officium sibi asseruit, Crimen læsæ Majestatis committit.
9. Hoc Crimen à solis committitur subditis.
10. Utrùm Clerici in Principem Laicum hoc crimen committant?
11. Hoc Crimen non solùm à singulis, sed etiam ab Universitate committi potest.
12. Vasallus non committit hoc crimen.
13. Tangitur quæstio, in quem hoc crimen perpetretur?
14. Utrùm in Status Imperij?
15. Affirmativa probatur.
16. Respondetur ad opposita.
17. A fortiori committitur in Regem Romanorum.
18. Utrùm in Augustam?
19. Quæ pœna huic Crimini sit præstituta?
20. In hoc crimine etiam in filijs puniuntur parentes.
21. Utrùm etiam filii ante commissum delictum nati?
22. Defenditur affirmativa?
23. Respondetur ad contraria.
24. Filiorum nomine hìc non veniunt nepotes.
25. Utrùm etiam bona feudalia confiscentur?
26. Protegitur affirmativa.
27. Diluuntur contraria.
28. Feudum novum Domino irrevocabiliter aperitur.
29. Quin & antiquum.
30. Filijs legitima relinqui debet.
31. Et uxoribus dotes.
32. Pœna confiscationis locum non habet in simplici Crimine læsæ Majestatis.
33. Quid Crimen læsæ Majestatis Divinæ? ejúsque prima species.
34. Recensentur pœnæ Hæreseos.
35. Adornatur pœna Apostasiæ,
36. Ac simul Magiæ.

1 Vigesima quarta est Actio seu Judicium Legis Juliæ Majestatis. Privata Judicia sequuntur publica, quæ inter primum locum occupat Judicium Legis Juliæ Majestatis. De origine hujus legis, quæ Julio Cæsari Dictatori adscribitur, saltem quatenus est repetita & aucta, videatur Vultejus *ad §. 3. Inst. de publ. Jud.* Theodoric. *in suis Criminal. cap. 5. aphoris. 1. n. 1.* Mylerus in Struv. *exercit. 49. thes. 17.* Crimen autem hoc, ob quod vindicandum Lex Julia est decreta, tam ratione dignitatis illius, in quem perpetratur, quàm atrocitate ipsius admissi inter crimina publica gravissimum censetur, per consequens in ordine Rubricæ meritò primum obtinet locum; quemadmodũ verò Majestas est duplex, alia Divina, & alia Humana, ita quoque crimen hoc aliud est Divinæ, & aliud Humanæ Majestatis. In hac Rubrica pertractatur solummodo crimen læsæ Majestatis Politicæ ex Lege Julia. Majestas autem à majore Statu sic nuncupata definiri potest, quod sit *Summa, perpetua, & legibus soluta potestas, quæ solummodò residet penes illum, qui nullum præter DEUM recognoscit superiorem*: quales sunt in S. R. Imperio Imperator, in alijs Provincijs Reges, Principes absoluti, liberæ Respublicæ, quêis omnibus Jura Majestatica in exercitio Suprematûs, & majorum Regalium attributa sunt.

2 Porrò hoc crimen ab Ulpiano describitur, quòd sit crimen illud, quod adversùs populum Romanum, vel adversùs securitatem ejus committitur, haud dubiè nomine populi subaudiente Reges Romanorum, siquidem Domitius Ulpianus tempore Regum vixit, per consequens non est conjecturandum, eum locutum esse de Statu Democratico, vel populari Imperio; accuratiùs tamen definiri potest, quòd sit crimen publicum, facto, vel consilio adversùs supremæ Reipublicæ Statum, ejúsve, qui ei præest, Majestatem à subditis commissum. Vid. cit. Theodoric. *dict. loc. n. 1.* & alij relati à Mylero *in Struv. cit. thes. 17.* Dictum est *facto, vel consilio*: siquidem inspecto Jure sola machinatio, seu conatus, modò ad aliquem actum externum sit egressus, tametsi effectum non sit sortitus, eâdem pœnâ, qua ipsum factum, punitur. *l. 5. Cod. ad l. Jul. Majest.* quò collimat Aurea Bulla. *tit. 23.* Gaill. *lib. 1. de pac. pub. cap. 14. n. 6.* Decian. *in tract. de crim. lib. 7. cap. 37. n. 33.* Theodoric. *cit. loc. n. 4. in fin.* Insertum est definitioni *à subditis*, cùm hoc crimen duntaxat ab illis committatur, qui ratione subjectionis, & superioritatis Principi fidem, obsequium, & reverentiam debent. *Clement. pastoralis. §. rursus. de re judic.* Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 1.* Gaill. *lib. 2. de pac. pub. cap. 13. n. 19.* Ægidius Bossius *de crim. læs. Majest. à n. 80.*

3 Criminis hujus duæ sunt species, quarum prima dicitur Perduellio, quando quis animo hostili, vel in salutem Principis quid machinatur, vel ad Reipublicæ formam subvertendam temerario ausu prosilit. Altera species vocatur simplex crimen læsæ Majestatis, éstque delictum, seu protervum factum, quo summa Principis dignitas, & decus comminuitur, vel Reipublicæ securitas modo quovis læditur. Solidatur hæc divisio *in l. fin. ff. h. tit. l. 31. §. fin. ff. de donat. l. 86. §. 1. ff. de acquir. hæred.* Videatur latè differens Tiberius Decian. *in suo tract. crim. lib. 7. cap. 6.* Theodoric. *in Colleg. crim. cap. 5. aphoris. 2.* aliique ibi relati. Differt igitur crimen Perduellionis à crimine læsæ Majestatis, ut genus à specie, omnis enim perduellionis reus læsæ quoque Majestatis crimine obstringitur, non autem vicissim. Decian. *cit. loc. n. 4.* ubi varias inter hæc crimina subijcit differentias, quæ tamen promptiùs patebunt ex casibus, in quibus crimen perduellionis committi dicitur, & ex illis, quêis solùm crimen læsæ Majestatis perpetratur.

4 Prima igitur species perduellionis est conjuratio, *l. 4. ff. hic. l. 5. Cod. eod.* quæ nihil est aliud, quàm plurium factio, seu Jurejurando confirmata coitio, ad Statum Imperij, vel ejus, qui Imperio præest, dignitatis subversionem facta, Decian. *dict. l. 7. cap. 7. n. 1.* Theodoric. *dict. cap. 5. aphoris. 3. n. 1.* Ludovicus Gilhausen *in arbor. Judic. crim. cap. 2. tit. 2. n. 1.* Ægidius Bossius *de crim. læs. Majest. n. 40.* & à Conspiratione eo solo distat, quòd hæc fiat sine jurejurando, tametsi sæpenumerò in Jure confundi soleant. *l. 5. Cod. h. t.* Alter casus est, quo quis Imperatoriam, Regiam, vel summam in Republica potestatem assumit, ejúsque nomen & insigne usurpat. *l. 3. ibique* Bartol *ff. h. t.* Decian. *dict. lib. 7. cap. 9. n. 2.* Tertius Casus, seu species perduellionis est Seditio, quæ dicitur quasi seorsim itio, cùm per eam homines in diversas eant partes, & alios secum trahant, à parte rei autem nil aliud est, quàm quietis publicæ perturbatio. *l. 1. & 2. Cod. de seditios. l. 1. §. 1. ff. hic.* in verb. *quove cætus, conventúsve fiat, hominésque ad seditionem convocentur;* & post intervallum: *quive milites sollicitaverit, concitaveritve, quo seditio, tumultúsve adversùs Rempub. fiat.*

5 Præter hos quoque alij sunt casus, quibus hoc crimen committi solet, qualis est proditio Imperatoris, Regis, aut alterius Principis superiorem non recognoscentis, quæ committitur deserendo exercitum, illúmquè hosti tradendo, aut in insidias deducendo. *l. 2. 3. & 4. ff. hic.* Decian. *dict. lib. 7. cap. 13.* qui specificè casus exponit, quibus proditio committi solet. His quoque accensetur, si quis urbem sine justo metu, & urgentissima fame, seu impendentis mortis periculo hosti tradit,

dit, *dict. l. 3. ff. hic.* aut secreta hostibus denuntiat. *l. 1. §. 1. ff. hic. l. 6. §. 1. ff. de re milit. l. 38. §. fin. ff. de pœn.* Consulatur prolixè disserens Decianus *dict. lib. 7. cap. 12.* Proditioni proxima est Rebellio strictè sic dicta, quæ non est aliud, quàm subtractio à Principis obedientia, seu potiùs defectio à Principe, *l. 5. §. 1. ff. de cap. minut.* quod crimen committunt, qui se imperij subditos esse fatentur, ex speciali tamen odio rebellant contra Imperatorem, vel Principem, ut illum occidant. Petrus Gregorius Tholosan. *Synt. lib. 35. Synt. 1. cap. 1.* Decian. *dict. lib. 7. cap. 32.* Theodoric. *dict. cap. 5. aphoris. 3.*

6 Quemadmodũ verò crimen perduellionis varijs committitur modis, ita quoque Crimen simplex læsæ Majestatis, quos inter primò numeratur conscriptio militum absque consensu Imperatoris facta. *l. 3. ff. h. tit. l. 17. Cod. de re militar. l. unic. Cod. ut armorum usus inscio Principe &c.* Gaill. *lib. 1. de pac. pub. cap. 4. n. 4.* Ratio est, quòd hoc ipso, quòd privatus propria authoritate sibi Jus vindicandi atque puniendi sumere velit, Majestas læditur, Jus enim pugnandi, atque bellandi solummodo ad summum pertinet Principem. Recess. Imperij *de anno 1495. & anno 1594.* Altera species est, si quis statuas, seu imagines in honorem summi Principis erectas, & consecratas detrahit, confringit, atque ad contemptum detrudit. *Arg. l. Prætor edixit. 7. §. ult. ff. de injur.* qua de re consferatur prolixè exponens Decian. *d. ct. lib. 7. cap. 51.* atque per exempla deducens Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 21.* Tertius casus est, quando aliquis ob crimen incarceratum, & simul confessum custodiâ eximit, vel emittit. *l. 4. ff. hic.* Ratio est, quia talis sibi Principalem potestatem, atque impunitatem delicto largiendi arrogat, quæ solius est Principis. *l. 31. ff. de pœnis.* Heig. *lib. 1. quæst. 22. n. 6.* Theodoric. *dict. cap. 5. aphoris. 4.* Decian. *dict. lib. 7. cap. 11.*

In hos modos referuntur quartò violatio salvi conductûs, atque percussio monetæ ab eo facta, qui Jure cudendi destituitur. *l. 2. Cod. de fals. monet.* Ratio est, cùm hæc Jura sint de summis Regalibus, atque soli Principi, ac ei, cui nominatim sunt concessa, competant. *Feud. 2. tit. 56. ibiq;* Matthæus de Afflict. Mynsing. *decad. 5. n. 5.* Jungatur post Mylerum *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 21.* Carpz. *part. 1. rer. crim. quæst. 42. n. 2.* Posterius est crimen gravissimum, indéque ei gravissima flammarum pœna definita est. *l. 2. Cod. de fals. monet.* Carolin. pœnal. *art. 111.* Carpz. *dict. quæst. à n. 32.* Falsificatur autem moneta quadruplici modo. Primò, si materia communi Reipublicæ consensu electa & destinata adulteretur. Secundò, si consueto monetæ ponderi quid subtrahatur. Tertiò, si afflictus & vitio- 7

tiosus character, ut dolosa fusio promptiùs delitescat, imponatur. Quartò denique, si publicæ functioni, seu æstimationi aliquid derogetur. Consulatur Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæst. 42. n. 12.*

8 Quintò à crimine simplici læsæ Majestatis non eximitur, qui Imperium sibi ad tempus commissum eô elapso fraudulenter retinet, quemadmodum si Dux exercitûs ad tempus designatus Successori in officio cedere refragatur. *l. 3. ff. hìc.* Ratio est offensio principis, cujus imperia aspernatur; pariformiter & ille hujus criminis maculâ contaminatur, qui falsum Magistratûs officium usurpat. *dict. l. 1.* Plures modos, quibus hoc committitur crimen, designat & deducit Brunneman. *in l. 1. & seqq. ff. hìc.* Theodoric. *in dict. cap. 5. aphoris. 4.* Decian. *lib. 7. cap. 9.*

9 Deductis modis, quibus hoc crimen utriusque speciei solet perpetrari, jubet ordinis ratio exquirere personas, quæ hoc crimen committunt, quo loco constans est DD. opinio, hoc crimen non nisi à subditis committi. *Clem. pastoralis de re judic.* Julius Clarus *lib. 5. Sent. §. crimen læsæ Majest.* Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 2. n. 10.* Gaill. *de pac. pub. cap. 13. n. 19.* Decian. *sæpè adduct. lib. 7. cap. 8. n. 5.*

10 Unde variarum quæstionum enascitur decisio, & quidem primò, utrùm Clericus in Principem sæcularem perpetret hoc crimen? Rationes dubitandi possunt esse sequentes. Primam suggerit *Can. si quis laicus. Causa 22. quæst. 5. in fin.* in verb. *Episcopus verò, Presbyter, Diaconus, si hoc crimen commisit, degradetur.* Cui adstipulatur *Cap. perpendimus. Extra de Sent. Excom.* Secundò, etsi Clericus sit exemptus à Jurisdictione, est tamen in territorio & districtu Principis, *Cap. ult. de offic. & potest. Judic. deleg.* adeòque manet subditus saltem ratione domicilij. *l. 16. ff. ad Municipal. l. 7. Cod. de incol.* Tertiò, potestates Ecclesiasticæ censuras in laicos, à quibus eorum dignitas oppugnatur, sibi vindicant, ergò eodem Juris naturæ principio, *quod quis Juris in alterũ &c.* quoque Laici adversùs Clericos. Quamquam hæ rationes non sint contemnendæ, in puncto tamen Juris contraria opinio mihi semper verior visa fuit, ratio est, quia Clerici à potestate & Jurisdictione Laicorum sunt exempti, *Cap. 2. extra de for. compet.* Julius Clarus *lib. 5. Sent. §. læsæ Majest.* Decian. *lib. 7. cap. 8. n. 6.* per consequens, quemadmodum Clerici respectu potestatis sæcularis dici nequeunt subditi, ita nec crimen possunt perpetrare, quod non nisi à subditis committitur, etsi enim sint in territorio, non tamen omnes, qui sunt in territorio, subditi dici possunt.

Porrò crimen læsæ Majestatis non 11
à singulis duntaxat, sed etiam ab Univer-

versitate committi potest, *Arg. L. 9. §. 1. ff. quod metûs causa. L. 4. ff. de vi & vi armat.* si prævia deliberatione, & convocato per modum solennem populo, collectis omnium suffragijs, à Principe defecerit, atque ejusdem excusserit iugum Universitas, seu Collegium. Tiberius Decianus *lib. 7. cap. 8. n. 9.* Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 1. n. 62.* Gaill. *de pac. publ. lib. 2. cap. 9. n. 4.* Mynsing. *cent. 4. obs. 78.*

12 De Vasallis, qui nec ratione domicilij, nec originis Principi subsunt, sed solùm obligatione ex contractu feudali descendente ei obstringuntur, non pauci dubitant, utrùm hoc crimen committere queant? Mihi negativa videtur verissima, ratio est, cùm sint subditi respectu feudi, non autem personæ, adeóque desertô feudô ab obligatione vasallitia se possint liberare. Theodoric. *cit. cap. 5. aphoris. 5.* Solùm igitur feloniam, per quam feudum amittunt, perpetrant, non autem Crimen læsæ Majestatis. Tiberius Decianus *lib. 7. cap. 8. n. 7.* Gaill. *lib. 2. de pac. pub. cap. 13. n. 19.* Julius Clarus *lib. 5. Sent. in §. læsæ Majest.* ubi sæpiùs ita judicari vidisse se attestatur. Ob eam ipsam rationem nec Legatus hoc crimen committit adversùs Principem, apud quem legationis munere fungitur, si contra eum conjuret, aut quid atrox moliatur, tametsi ab eodem ipso Principe possit puniri, eo quippe demùm casu Legatus est inviolabilis, si Legati, non proditoris attentat vices, & quando mandati sui egreditur finem, pro privato habetur. *L. 5. ff. mandati.* Cæteroquin in subdito nulla habetur sexûs ratio, sed fœmina æquè, ac mas hoc crimen admittere dicitur. Julius Clarus *dict. loc.* Decianus *dict. cap. 8. n. 16.*

Perpetratur autem hoc crimen in Imperatorem, Reges, liberas Respublicas, aliásque potentias superiorem in hoc mundo præter Deum non recognoscentes. Aurea Bulla *cap. 24. L. 7. §. 1. ff. de captiv. & postlim. revers.* Decian. *lib. 7. cap. 4. n. 6.* Mynsing. *cent. 5. obs. 41.* Secundò committitur hoc crimen in Electores. Aurea Bulla *dict. cap. 24.* Ratio ibi subijcitur, quòd sint corporis Imperatorij partes & membra, per consequens idem est Judicium de membris, quod de capite: præsertim si factio fuerit attentata in necem Electoris. 13

His hactenus deductis succedit dubium, utrùm in reliquos Imperij Status hoc crimen committatur? Negativa potest suaderi ex eo, quòd Status Imperij recognoscant superiorem, atque Imperatori immediatè sint subjecti, *Ordin. Camer. part. 2. tit. 27.* nec solùm homagium præstent, sed & suas provincias, ac ditiones in feudum recognoscant, earúmque nomine fidelitatem promittant, quam ob rem Majestatica authoritate destituuntur. Secundò probatur ex aurea Bulla *cap. 24.* ubi determinatè statuitur, in solos Electores Crimen læsæ Majestatis 14

patrari, ergò cæteri Status exclusi videntur, ob generalem Regulam, inclusio unius est exclusio alterius.

15 His tamen fundamentis haud consideratis, crebriori DD. calculo affirmativa communiter recipitur. Joannes Limnæus *ad Auream Bullam cap. 24. §. 1. obs. 5.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæst. 41. n. 69. & seq.* quæ assertio probatur primò, ex verbis Ulpiani in *l. 1. §. 1. ff. hic: cujus operâ, & dolo malo consilium initum fuerit, quo quis Magistratus populi Romani, aut qui imperium seu potestatem habent, occidatur. &c.* quòd autem Status Imperij, & Magistratum & potestatem gerant, extra omne dubium est. Haud absimile argumentum desumitur *ex L. 5. Cod. eod.* ubi ille criminis læsæ Majestatis reus dicitur, qui in necem Consiliariorum, seu Senatorum Imperatoris conspirat, quales hodie sunt Assessores Consilij Aulici, Imperialis Cameræ, ratio est, quia & hi pars corporis Imperatorij sunt, nec enim soli Electores, sed & cæteri Principes, ac Imperij Status à Sacra Cæsarea Majestate in consilium & consortium potestatis convocari solent, quando de Imperij necessitate, seu utilitate deliberatur, quemadmodum ex varijs Recessibus Imperij desumitur, & in specie *de anno 1500 & anno 1512.* & *1571.* adeóq; manifestum evadit, quòd omnes Imperij Principes, & Status ut membra, cum Imperatore tanquam suo capite, unum constituant Imperij corpus, omnésque in consilium, & consortium ad causas publicas Imperij, ardua negotia concernentes, tanquam Assessores, & Consiliarij Imperatoris convocandi sint.

Rationes, quæ in contrarium sunt 16 allatæ, non sunt efficaces; ad primam enim respondetur, Crimen læsæ Majestatis non tantùm in illos committi, qui Majestatis splendore coruscant, sed & in illos, qui Imperatoris, seu Majestatem habentis existunt membra, quales sunt Status Imperij, nec enim præcisè deposcitur, ut Imperator immediatè lædatur, sed sufficit, si mediatè *in* persona Statûs seu Consiliarij. *Videatur* Limnæus *in Capitul. Ferdinandi III.* Ad secundam respondeo, quod in Aurea Bulla circa Electores speciale est sancitum, non ad ipsum crimen læsæ Majestatis, sed ejus solummodo pœnam est referendum, quemadmodum inferius enucleatiùs liquebit.

Ex quibus principijs fluit, in Regem Romanorum æquè, ac in Im- 17 peratorem, Crimen hoc committi, non modò mortuo Imperatore, sed etiam eo adhuc vivente, & administratione Imperij adhuc clarente; ratio videtur per se clara, quoniam, si in Electores & alios Imperij Status hoc Crimen committitur, à fortiori in Regem Romanorum, quoniam injuria Regi Romanorum illata, aut rebellio adversùs eum mota, in ipsum redundat Imperatorem. Reinking. *de Regim. lib. 1. clas. 3. cap. 14. n. 55.* Casparus Manz. *in suo*

suo Jure pub. part. 2. §. ult.

18 Aliud haud absimile dubium est, utrùm Crimen læsæ Majestatis patrari dicatur in Augustam, seu Imperatoris Conjugem? Negativam amplectuntur inter alios Carpz. *ad L. Regiam. cap. 11. sect. 11. n. 14.* Ekolt. *ff. hic* §. 8. & alij ibi relati. Horum rationes sunt, quòd Augusta non sit soluta legibus, *L. 31. ff. de LL.* & proinde non habeat Majestatem, quæ lædi potest, nec subditi ei homagium, quemadmodum Imperatori, præstent, & tametsi ijsdem, quêis Imperator, fruatur privilegijs, latum tamen esse discrimen inter privilegia, & Majestatis communicationem. Mihi tamen probabilior videtur affirmantium assertio, præter varios enim honorum titulos, quos Justinianus in suam contulit Theodoram, *L. 3. Cod. ubi Senat.* hodie ipso Majestatis titulo insignitur, atque in Reginam, & Imperatricem coronatur. Secundò, Imperatrix Romana suum quoque habet Cancellarium Abbatem Fuldensem, *Recess. Imperij 1566.* atque Archicapellanum Abbatem Sancti Maximi ad Treviros, teste Limnæo *tom. 1. lib. 1. cap. 14. n. 23.* Tertiò, Imperatoris Majestas æquè in Augusta læditur, ac in se ipsa, cùm sit pars ejusdem corporis, & quasi una caro, ob quam solam rationem Crimen læsæ Majestatis probatur, *L. 5. Cod. ad leg. Jul. Majest.* quamvis enim non quidem principaliter, & primariò, in consequentiam tamen, & eo modo committitur hoc crimen in Augustam, qualiter in Consiliarios, & Senatores. Conferatur prolixius de hac re Petrus Mylerus *in not. ad Struv. Synt. Jur. civil. exercit. 49. thes. 18.* Quemadmodum autem in Imperatorem & Status Imperij Crimen læsæ Majestatis deducto modo committitur, ita multò magis in Summum Pontificem, & Sacræ Romanæ Ecclesiæ Cardinales, prout nervosè exponit Prosper. Farinac. *quæst. 112. à n. 75.*

Pœna hujus Criminis non est uni- 19
formis, tametsi enim, quando Crimen hoc in ipsum Imperatorem, ejus Consiliarios, aut Electores, & cæteros Status Imperij, conspirando directè in eorum necem, adeòque Crimen perduellionis perpetratur, sit pœna mortis, *L. quisquis 5. Cod. ad leg. Jul. Majest.* & ibi Salycet. Brunneman. & communiter Interpretes, & quemadmodum in *cit. L. 5.* solius gladij fit mentio, per quod pœna mortis in genere denotatur, atque sub se non tantùm amputationem capitis, sed omnes species ultimi supplicij complectitur, *Arg. L. 3. ff. de Jurisdict. L. 3. ff. ad leg. Jul. de adult.* ita & capitis pœna quodvis supplicij genus innuit. *L. 6. §. 4. L. 7. ff. de re milit.* Quam ob rem hodie Criminis perduellionis rei quandóque igne, subinde quoque dissectione in quatuor partes, aut etiam sæviori mortis genere puniuntur, pro circumstantijs, atrocitate facti, & statutorum localium dispositione. Julius

lius Clarus *lib. 5. Sent. §. læsæ Majestatis.* Antonius Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 2. n. 11.* & prolixè Tiberius Decianus *in tract. crim. lib. 7. cap. 39. per tot.* quæ sententia quoque recepta à Jure Carolino, prout liquet *ex art. 124.*

20 In hoc autem Crimine non solùm delinquentes, sed & eorum liberi puniuntur; redundat enim hoc Crimen perduellionis adeò in filios, ut illi infames redditi ab omni successione paterna, tam ex testamento quàm ab intestato per *L. 5. §. 1. Cod. ad leg. Jul. Majest. L. 10. Cod. de bon. præscript.* repellantur. Aurea Bulla *cap. 24.* videatur Menoch. *Consil. 275. per tot.* Carpz. *pract. rer. Crim. part. 1. quæst. 41. n. 98.* Theodoric. *dict. cap. 5. aphoris 4.* Ratio hujus severitatis est partim, quòd in filijs paterni & hæreditarij criminis exempla metuantur, *dict. L. 5. §. filij. Cod. ad leg. Jul. Majest.* partim, ut parentes eò magis absterreantur ab atrocitate hujus criminis.

21 Dubium est primò, utrùm sibi vendicet locum in liberis ante patratum crimen conceptis & natis? Negativa haud vanis suadetur rationibus, & quidem primò *ex Can. 10. Caus. 1. quæst. 4.* ubi asseritur, quòd filijs non imputentur delicta parentum, quæ post eorum nativitatem sunt commissa, cùm ex infecto, & reprobo sanguine nati, & paternæ audaciæ successores dici nequeant. Secundò, *ex L. 2. Cod. de libert. & eor. liber.* in qua, si libertus propter erectam erga Patronum cervicem in servitutem sit retractus, & filij postea nati servi fiunt, secùs ante nati, quoniam his delicta parentum non nocent. Tertiò, *ex L. 1. §. 1. ff. de bon. poss. contr. tab. & L. si necem. §. si deportatum. ff. de bon. libert.* in quibus cavetur, casum patri supervenientem non debere obesse filijs, jam antea natis, eósve reddere incapaces successionis. Denique ex fruitione privilegiorum, in qua interponitur distinctio inter natos ante, & post obtentam à Patre dignitatem, prout patet *ex L. Senator. 11. Cod. de dignitat. L. filij ff. ad Municipalem.* atque alijs textibus, & rationibus, quas post alios à se citatos congessit Theodoric. *dict. cap. 5. aphoris. 4. n. 39.*

Etsi hæc primò intuitu sint speciosa, non tamen sunt adeò momentosa, ut eis assensum præstare possim, sed cum Antonio Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 2. n. 16.* Nicolao Boërio *decis. 7. n. 6.* Covarruv. *var. resol. lib. 2. cap. 8. n. 5.* Tiberio Deciano *lib. 7. cap. 41.* Hunnio *in Treut. vol. poster. disput. 32. thes. 1. quæst. 17.* affirmativam veriorem judico. Quemadmodum enim nostrum non est distinguere, ubi lex & Juris Constitutio nullam interponit distinctionem, ita nec textus *in l. 5. Cod. ad leg. Jul. Majest.* nec ipsa Aurea Bulla *allegat. cap. 24.* ullam interponit distinctionem inter filios ante delictum natos, & inter eos, qui post 22

crimen

crimen commiſſum geniti ſunt. Secundò rationes, ob quas liberi cum Patre puniuntur, æquè pugnant in liberis ante delictum natis, ac in ijs, qui poſtea nati ſunt; ſicut enim ab his, ita quoque ab illis pertimeſcendum eſt, ne exiſtant ultores & vindices necis paternæ, id nempe auſuri, quod Pater molitus eſt, in liberis enim paterni, ſeu hæreditarij criminis exempla & veſtigia formidantur. Altera ratio eſt, ut eo magis abſterreantur parentes ab hoc enormi crimine & pernitioſa factione, quæ ratio quoq; promiſcuè ad omnes liberos, tam ante, quàm poſtea natos pertinet, per conſequens, ubi eadem eſt Juris ratio, ibi quoque ſimilis Juris diſpoſitio; quæ ſententia quoque propiùs accedit ad uſitatam praxim, quæ hactenùs in Romano Imperio ſemper fuit obſervata, atque filij, ante reatum læſæ Majeſtatis à Patre commiſſum prognati, pœnis huic crimini præſtitutis ſubjiciuntur, quemadmodum exempla exſtant in Electore Saxoniæ Joanne Friderico, atque in Electore Friderico Palatino.

23 Prima in contrarium adducta ratio in hoc caſu non ſtringit, cùm non una, ſeu altera cauſa, ſed plures ad pœnarum extenſionem in filios faciendam permoverit Legumlatores, ſicut in deciſione eſt deductum; quin in hoc caſu major ratio militat pro jam natis, quàm naſcituris, priores enim fuerunt ſpectatores audaciæ paternæ, per conſequens timendum, ne ſint ipſius imitatores, præſertim in Primogenito, ob ſpem ſucceſſionis in primogenitura. Ad *l. 2. Cod. de libert. & eor. lib.* reſpondeo, ideò liberi poſt retractionē patris in ſervitutem ſervi ſunt, quia naſcuntur ex ancilla, adeóque non ob commiſſam à parentibus ingratitudinem, ſed ex naſcendi ſorte inter ſervos referuntur. Tertia ratio omnium minimè pugnat, quia, ut à particularibus caſibus, & privilegijs non eſt argumentandum ad caſus pœnales, ſic citatarum legum diſtinctio non eſt adeò determinata, quoniam ex alijs legibus conſtat, quòd dignitas parentum liberis non tantùm poſtea naſcituris, ſed etiam jam priùs natis proſit, ac proinde ex illis legibus nil inferri poteſt.

Filiorum autem appellatione Nepotes hoc loco non continentur. Dices: nomine Filiorum nepotes veniunt per *l. 84. l. 220. §. ult. ff. de V. S.* ℞. multis in caſibus juſta interpretatione placuit, filiorum nomine nepotes comprehendi, *l. 201. ff. de V. S.* ſed hîc tanquam in re odioſa nulla neceſſitas adurget, ut appellatione filiorum nepotes includantur: & tametſi bona univerſæ poſteritati auferantur, non tamen tota poſteritas fit incapax, & infamis, nec adeò metuendum, ut nepotes in ultionem necis avitæ hoſtilia moliantur, amor enim decreſcit, & tepidius nepotes amant avum, quàm filij Patrem. Salycet. *in dict. l. 5. Cod. eod.* Gomez. *var. reſol. tom.* 24

 3. cap.

3. *cap.* 2. Bartol. *in l. liberorum. ff. de V. S.*

25 Alterum hoc loco substernitur dubium, utrùm non solùm bona allodialia, sed & feudalia in pœnam hujus criminis à fisco vindicentur? Quanquam pro negativa haud contemnenda congerantur argumenta, quæ inter præcipuum est, quòd, si bona restitutioni, seu fideicommisso subjecta publicentur, tamdiu solummodò maneant apud fiscum, quàmdiu delinquens vivit, eô autem defunctô agnatis sint restituenda, *l. 48. §. fin. ff. de Jure fisci. l. 77. §. 4. ff. de legat. 2.* ergò idem quoque asserendum erit de feudis, ut saltem post mortem delinquentis liberis restituantur. Secundò, bonis publicatis, ad fiscum non pertingunt illa, quæ Jure singulari ad hæredem transferuntur, *Arg. cit. l. 48. §. fin. ff. de Jure fisci. l. 12. ff. de fideicommiss. libert.* at per se est manifestum, feuda Jure singulari ad liberos pertinere, videlicet Jure sanguinis à primò acquirente transmisso.

26 His tamẽ haud attentis, verior mihi videtur affirmativa in puncto Juris, simul ac in foro, per textum in Aurea Bulla *cap. 14.* ubi Imperator statuit, ut, qui Dominos malitiosè diffidant, invadunt, pacem turbant damna inferendo, consilium ac auxilium præstando, feuda & beneficia hoc ipso amittant, Banno Imperiali subjaceant, & nullus eis ad feuda, vel beneficia quoque cum tempore relinquatur accessus, vel aditus, sed ea Dominis realiter & corporaliter assignentur. Quæ assertio corroboratur ex sæpè allegata *l. 5. §. 1. Cod. ad leg. Jul. Majest.* quæ universaliter, & absque omni limitatione loquitur, ergò & universaliter est intelligenda, præsertim si Consuetudines feudales circa causam controversam nihil disponant, eo quippe casu standum est decisioni Juris Civilis. *Feud. 2. tit. 1. in fine.* Modò tamen hæc bona feudalia teneant ab eo Principe, in quem Crimen fuit commissum. *Clement. pastoralis. §. rursus de Sent. excom.* Videatur Theodoric. *dict. cap. 5. aphoris. 6. n. 23.* Petrus Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 20.*

Quæ in adversum sunt allata argumenta, facilè diluuntur. Ad primum respondetur, haud esse paritatem inter fideicommissa & feuda, hæc enim toties ad Dominum revertuntur, quoties à Vasallo culpa, quæ Dominum respicit, committitur, quod non potest defendi, si Dominus obstringeretur liberis, seu agnatis feudum restituere. Conferatur Fachinæus *lib. 7 controvers. 22.* Alterum argumentum distinguendũ est, quòd ad fiscũ non perferantur illa bona, quæ Jure singulari in hæredem transeunt purè & irrevocabiliter, non autem, quæ sub conditione, quemadmodum feudum hoc à Domino vindicari seu confiscari potest, quando infidelitatis existit conditio, & Vasallus in eum principaliter & immediatè delin- 27

lin-

linquit, ſiquidem haud aliter à primo acquirente obtentum eſt, quàm ſub hac conditione, ſi felonia non ſit commiſſa. Videatur Merenda *Controverſ. lib. 6. cap. 16.*

28 Undè, ſi feudum eſt novum, ob commiſſam feloniam indiſtinctè redit cum pleno Jure ad Dominum excluſis liberis & agnatis, ſivè dein perpetrata ſit in Dominum, ſivè extraneam perſonam. Gaill. *de pac. pub. lib. 2. cap. 13. n. 2.* Vallaſcus *de Jure Emphyteut. quæſt. 42. n. 2.* Si verò eſt antiquum, tunc, ſi crimen feloniæ eſt in aliquem tertium commiſſum, non nocet reliquis agnatis. *feud. 2. tit. 24. §. fin.* Gaill. *de pac. pub. lib. 2. cap. 13. n. 9.* Si verò eſt commiſſum in perſonam Domini directi, tunc quidem varia, eáque haud improbabilia ſubſerviunt argumenta, quêis probetur, feudum ſaltem poſt mortem delinquentis agnatis adimi non poſſe, quæ cerni poſſunt apud Andream de Iſner. *in tit. 24. Feud. 2.* & alios relatos apud Hartmann. Piſtorium *part. 2 quæſt. 15. à n. 28.* Georg. Adamum Struv. *Synt. Jur. feud. cap. 15. aphoriſ. 14.* Merenda *cit. loc.*

29 Ponderatis tamen impenſiùs fundamentis Juris feudalis, verius eſſe autumo, feudum Domino irrevocabiliter aperiri, quod probatur primò *ex feud. 2. tit. 26. §. ſi vaſallus culpam*: in verbis: *neque filius, neque ejus deſcendentes ad feudum revocabuntur.* & *tit. 31. Filius tamē ad id nullatenùs aſpirabit*: qui omnes textus loquuntur de crimine in Dominū commiſſo, ob quod pater feudo privatur, nullo interpoſito diſcrimine, utrùm feudum ſit novum, hæreditariū, ſeu ex pacto & providentia. Ut de filijs, ſic quoque de agnatis exſtant textus, quêis hi ob commiſſum à feudi poſſeſſore crimen ab ejus ſucceſſione excluduntur. *Feud. 2. tit. 24. §. final. & tit. 37.* quêis adſtipulatur *Cap. filius. de pœnis in 6.* Videatur Antonius Merenda *Controverſ. lib. 6. cap. 16.* Fachinæus *lib. 7. cap. 23.* Theodoric. *dict. cap. 5. aphoriſ. 6. n. 26.* Hartmannus Piſtorius *part. 2. quæſt. 15. à n. 16.*

Quanquam autem filij Criminis 30
perduellionis reorum non ſolùm à parentum, ſed & omnium agnatorum hæreditate, & ſucceſſione adeò repellantur, ut nihil ex teſtamento extraneorum capere queant, ſed perpetua paupertate, & egeſtate ſordentibus mors ſit ſolatium, vita verò ſupplicium, *l. 5. §. 1. Cod. ad leg. Jul. Majeſt.* Aurea Bulla *cap. 24.* (ſi bona advẽtitia, & caſtrenſia excipias, quæ ut filijs propria, lex non adimit; vid. Myl. *in Struv. Synt. Jur. Civil. exer. 49. theſ. 20.*) attamen ad filias hæc acerbitas non protenditur, ſiquidem his Falcidia (id eſt, legitima) in bonis ſaltem maternis tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento reſervatur, *dict. l. 5. §. 3. Cod. ad Leg. Jul. Majeſt.* ex ſubjecta inibi ratione, quoniam ob ſexûs fragilitatem tantum non auſuras filias Imperator confidit: eámque ob rem quoque non minùs ex teſtamento ex-

traneorum, quàm ab inteſtato promiſcuè ſuccedere poterunt, partim, quia in ſupra *cit. L.* prohibitæ non inveniuntur, partim verò, quòd leges pœnales ultra caſus determinatos prorogandæ non ſunt.

31 Pariformiter Uxores Crimen læſæ Majeſtatis perpetrantium conſervant ſuas dotes, & uſumfructum in donationibus propter nuptias, quoad vivunt. *l.5.§.5. Cod. ad Leg. Jul. Majeſt.* ibíqueSalycet. Brunneman. & communiterInterpret. Cæterùm non modò perpetrantes hoc crimen perduellionis, ſed etiam eorum Miniſtri, qui conjurationem hujus criminis conſilijs & operâ ad effectum perducere ſuſtinuerunt, pœnæ iſtius criminis ſubjiciuntur; qui autem ſimplicem obtinent notitiam, non equidem tenentur conjuratos deferre, attamen modo quovis adſtringuntur crimen detegere, nam qui illud ſupprimit, pœnam incurrit arbitrariam. Menoch. *lib. 2. de arbit. Jud. caſ. 355.* Bacchov. *in Treut. vol. 2. diſp. 32 theſ. 1. lit. F.* quos ſequitur Brunneman.

32 Quibus modis Crimen ſimplex læſæ Majeſtatis comittatur, ſuperiùs já fuit enarratum, & deductum, in quibus tamen, & præſertim levioribus ſpeciebus non ſemper habet locum pœna mortis, ſed deportationis, ſeu relegationis; *l.24. & l.40. ff. de pœnis* Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæſt. 41. n. 97.* Struv. *Synt. Jur. Civilis exercit. 49. theſ. 21.* Theodoric. *dict. cap. 5. aphoriſ. 6. n. 1.* quin in ſimplici Majeſtatis crimine bona non confiſcantur, quia morte hoc crimen extinguitur, *l. fin. ff. hic l. 9. ff. eod.* Dec. *in tract. crim. lib. 7. cap. 48. n. 7.* Fachin. *lib. 9. cap. 34.* Gaill. *de pac. pub. lib. 1. cap. 19. n. 15.* & plures relati à Theodoric. *dict. aphoriſ. 5. n. 18.*

Hæc de Crimine læſæ Majeſtatis Politicæ ex lege Julia dixiſſe ſufficiat. Eſt autem aliud Crimen longè graviſſimum, quod perpetratur in Majeſtatem Divinam, ex alijs Conſtitutionibus tàm Imperatorum, quàm ſumorum Pontificũ proditum, *Cap. 2. de hæretic. in 6. Cap. unic. de Schiſmat. eod. l. 5. & Auth. Gazaros Cod. de hæretic. & Manichæis. l. ult. Cod. de ferijs.* cujus prima ſpecies eſt Blaſphemia, crimen omnium horribiliſſimum, & nefandiſſimum, cui nullum aliud poteſt æquiparari, Gilhauſẽ *in ſua arbore crim. cap. 2. tit. 1. n. 6.* & propter quod DEUS integra Regna delevit, & in alios tranſtulit. Videatur Theodoric. *dict. cap. 5. aphoriſ. 8. n. 1.* Boërius *deciſ. 301.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæſt. 45. n. 1.* Nihil eſt aliud, quàm dictum contumelioſum in Divinam Majeſtatem, immediatè aliquid Deo tribuendo, quod ejus Divinis proprietatibus diſconvenit, ut impotentiam, injuſtitiam, crudelitatem, & alia fœdiſſima dicteria, aut è diverſo ei aliquid adimendo, quod ei convenit, ut providentiam, miſericordiam, aut juſtitiam. Pœnam hujus nefarij criminis tàm de Jure Divino quàm Civili capitalem eſſe, ſat comprobát textus & authoritates, quas allegat relatus Gilhauſen *in ſua arbore*

bore criminal. cap. 2. tit. 1. n. 7. Matthæus Colerus *part. 1. decis. 172.* Theodoric. *cit. cap. 5. aphoris. 8. n. 6.* & alij, quos collegit Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæst. 45. à n. 2.* ubi eam pœnam & hodie in Sacro Romano Imperio obtinere, sat prolixè, & in specie demonstrat, pœnam mortis pro vario casu variam esse.

34 Altera species hujus fœdissimi criminis, qua Divina læditur Majestas, est Hæresis, quæ non est aliud, quàm voluntarius & pertinax error contra aliquam veritatem Christianæ fidei in eo, qui hanc suscepit. Farinac. *prax. crim. quæst. 178. n. 5.* Sanchez. *lib. 2. mor. cap. 7. n. 1.* Theodoric. *dict. cap. 5. aphoris. 9.* Hujus criminis pœnæ sunt variæ, & quidem duplicis generis, Spirituales aliæ, temporales aliæ seu Civiles. De prioribus videantur Canonistæ *Extra de hæretic.* in pœnas temporales autem refertur primò infamia, qua quidem hæreticus ipso Jure maculatur, *Auth. Gazaros Cod. de hæretic.* ante tamen sententiam declaratoriam ab honoribus & dignitatibus sæcularibus non repellitur. Altera pœna est, quòd fiant intestabiles, tàm activè, quàm passivè, ut nec testamentum condere, nec hæredes institui queant. *l. Manichæos 4. Cod. de hæret. ibi Gloss.* & Brunneman. Farinac. *prax. criminal. quæst. 196. n. 89.* Tertia eorum pœna est Confiscatio omnium bonorum. *dict. auth. Gazaros &c.* Ratio est, quòd multò gravius sit lædere æternam, quàm temporalem Majestatem, ergò, si bona confiscantur in posteriori juxta superiùs deducta, multò magis quoque in priori. Quarta est patriæ potestatis amissio, *Cap. quicunque 4. §. final. de hæret. in 6.* adeóque effectus patriæ potestatis post commissum hoc crimen in parente cessant. Quinta est liberatio vasallorum, servorum, atque aliorum ab omnibus etiam juratis obligationibus, adeò quidem, ut hæreticis obedientiam, fidelitatem, aliáque obsequia præstare, aut debita solvere post latam sententiam criminis declaratoriã non obstringantur. *Cap. fin. extra de hæret. ibi* Panormitanus *à n. 1.* nervosè Gonzalez. *eod.* Quinimò ultimò est communis DD. Sententia, hæreticos pertinaces ultimo supplicio affici posse, ratio est. cùm sit crimen præ cæteris felicitati Regnorum ac Rerumpublicarum adversans, seditionibus ac tumultibus tranquillitatem publicam perturbans, virtutísque Christianæ radicem tollens. Covar. *lib. 2. var. resol. cap. 10.* Suarez. *de fide disput. 20. sect. 3. n. 18.*

Tertia & priori haud absimilis, 35
abominandior tamen criminis hujus species est Apostasia, omnimoda videlicet desertio fidei Orthodoxæ in Baptismo susceptæ, adeóque transitus ad Judaismum vel Paganismũ. *l. 1. l. 2. Cod. de apost.* Et hi quidẽ in genere easdem incurrunt pœnas, quas hæretici, *l. 3. & l. 4. Cod. de apost.* in specie autem severiùs coërcentur,

partim quia post mortem per quinquennium accusari possunt, *l.2. l.4. Cod.dict.tit.* partim quia, si alios suis erroribus corrumpunt, pœna gladij in eos est decreta, *l.5. Cod.eod.* nec, quemadmodum hæreticis, pœnitentia eis indulgetur.

36 Ultima species criminis læsæ Majestatis Divinæ est Magia seu pactio, qua quis expressè se Dæmoni mancipat, cujus pœna haud dubiè capitalis est, & quidem ignis, præsertim si suo maleficio alijs nocent; Carolin. pœnal. *art. 109.* subinde quoque si pactio non est expressa, mitiori pœnâ coërcentur. Consulatur Carpz. *part. 1. quæst. 49.*

ACTIO

Seu Judicium Legis Juliæ de Adulterijs coercendis.

SUMMARIUM.

1. Quid sit Adulterium, & unde nomen sortiatur?
2. Quotuplex sit Adulterium?
3. Quomodo consideretur de Jure Divino, Canonico & Consuetudinario.
4. An committatur in Sponsa de futuro?
5. Defenditur negativa.
6. Adulterium est crimen gravissimum.
7. Qualis hujus criminis fuerit pœna apud varias gentes, & qualis ex lege Julia?
8. Qualis pœna sit ex Constitutione Constantini, & Justiniani?
9. De Consuetudine & varijs statutis locorum pœna est extraordinaria.
10. De Jure Civili patri est data licentia occidendi deprehensum cum filia adulterantem, pariter & marito in casibus ibi notatis.
11. Præ omnibus accusatio adulterij marito conceditur, & certis casibus patri, alijsque agnatis, non uxori de Jure antiquo.
12. Secùs de Jure Carolino.
13. Si utrinque fuerit commissum adulterium, cessat amissio dotis & donationis propter nuptias.
14. Quid Lenocinium, & quæ ejus pœna?
15. Si quis extraneas prostituit, pœna est arbitraria.
16. Describitur Polygamia, & determinatur pœna.
17. Quid sit Stuprum, & quæ de Jure Civili ei præstituta pœna?
18. Stuprans deceptam de Jure Canonico ducere, vel dotare debet.
19. Secùs liberè in stuprum consentientem.
20. Si decepta recusat nubere, tamen dotare tenetur.

21. *Quid sit Raptus, & quæ ejus pœna?*
22. *Quid sit Incestus, & cum quibus personis committatur?*
23. *Ejus pœna inter ascendentes & descendentes est capitalis.*
24. *Non autem semper inter collaterales.*
25. *Minùs inter affines.*
26. *Quid sit Sacrilegium carnale, & inter quas personas committatur?*
27. *Exponitur crimen Sodomiæ, & ejus pœna.*
28. *Subjicitur distinctio.*

1 Vigesimum quintum locum subintrat Actio, sive Judicium legis Juliæ de Adulterijs coercendis. Alterum, quod lege Julia à Divo Augusto *l. 1. ff. h. t.* promulgata vindicatur, Crimen est Adulterium, Stuprum, aut aliæ nefandæ libidinis monstrosæ species, de quibus omnibus speciebus sigillatim, succincta proposito meo subservienti methodo, differam. Adulterium appellatur quasi ad alterius thorum, aut quasi ad alterum accessio, meliùs autem dicitur adulterium ob partum ex altero conceptum. *l. 6. §. 1. ff. h. t.* Gæddeus *in l. 101. ff. de V. S.* Jus Civile potissimùm considerat, & punit in hoc crimine sanguinis confusionem, & inde resultantem incertitudinem prolis, *l. 6. §. 1. l. 34. ff. hic.* ob idque illud passim describitur, quòd sit Crimen publicum per dolosam alieni thori violationem explendæ libidinis causâ commissum. Consulatur prolixè Theodoric. *in suo Colleg. crim. cap. 6. aphoris. 1.* Petrus Myllerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 26.* Illud est dubitatum, quòd, quemadmodum cætera delicta absque dolo non consummantur, ita nec adulterium, *l. penult. ff. hic.* hinc, si uxor seu maritus qualicunque fraude inductus credidit, sibi cum suo marito, seu sua uxore rem esse, adulterium non committitur. *Can. in lectum. Caus. 34. quæst. 2.* Pariformiter si quis eam, quæ sumpta est in matrimonium, ignoranter duxit, adulter non est. *dict. l. penult. ff. hic. l. 11. §. pen. ff. eod. l. 18. Cod. eod.* Carpz. *part. 4. Const. 20. defin. 5.* Zœs. *hic. n. 45.*

2 Porrò Jus Civile tria plerumque constituit adulterij genera. Primum est, quod perpetratur inter utrinque conjugatos. Secundum, quod à conjugata cum soluto. Tertium denique, quod à conjugato cum soluta; Farinac. *de delict. carn. quæst. 141. tit. 16.* Henric. Bocer. *tract. de adult. cap. 2. n. 2.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 23.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 27.* quæ distinctio, seu potiùs divisio de Jure nostro Bavarico Land- und Policey-Ordnung 5. Buech. *tit. 9. art. 1.* expressè est recepta. Eapropter conjugatus cum soluta, & eâ, quæ deserto marito meretricio more se prostituit, de Jure Civili

li adulterium committere non censetur, *l. 22. Cod. hoc tit.* cùm nullus violetur thorus, ubi nullus thori pudor, vel reſpectus, ſed promiſcua & vulgaris turpitudo. Mollerus *Semeſt. lib. 2. cap. 36.* Heigius *part. 2. quaſt. 20.* Theodoric. *cap. 6. aphoriſ. 2. litt. G.*

3 De Jure tamen Divino, Canonico, & Conſuetudinario meliùs definitur Adulterium per violationem fidei conjugalis, formalis quippe malitia hujus criminis eſt contra fidem conjugi datam, & Divinam inſtitutionem facta ſeparatio, perpetrans enim delictum hoc ſe ſeparat à carne, cui ipſum Deus conjunxit, *Geneſ. cap. 2. verſ. 24.* Matthæi *cap. 19. cap. 6. Can. illa. §. ergò. Cauſa 32. quaſt. 5.* adeóque malitia adulterij non ſolùm conſurgit, ſi vir conjugatus, ſeu ſolutus cum conjugata coivit, ſed etiam, ſi conjugatus cum ſoluta, *cit. §. cùm ergò. Can. puto. dict. quaſt. 5.* quemadmodum enim vir caput eſt mulieris, ſic conſiderata fide conjugali adulterando graviùs delinquit quàm mulier. *Can. non mœchaberis Cauſ. 32. quaſt. 6.* Conferatur Gonzalez *in Cap. ſi vir. extra de adult. & ſtup.* eandémque ſententiam defendit Carpz. *part. 2. quaſt. 52. n. 48.* Wiſenbach. *in l. 101. ff. de V. S.* Unde infertur, adulterium committi cum ſponſa de præſenti, ſiquidem hæc etiam ante conſummationem matrimonij eſt vera conjux, nuptias enim non concubitus, ſed conſenſus facit. *l. nuptias 30. ff. de R. I.*

Id ipſum ſentiunt de ſponſa de futuro Theodoric. *cap. 6. aphoriſ. 2. à n. 16.* Panormitan. *in Cap. diſcretionem 6. Extra de eo, qui cognovit eam, quam polluit &c.* & plures, qui referuntur à Carpz. *part. 2. quaſt. 56. n. 6.* Ratio eſt, cùm nec matrimonium, nec ſpes matrimonij violanda ſit, *l. 13. §. 3. ff. h. t. l. 7. Cod. eod.* præterquam quòd Sponſus graviori injuria affici videatur, quàm maritus, tum ob ſpem thori, multis ſubinde difficultatibus comparatam, tum & quidem præcipuè ob affectionem, quæ in ſponſo plerúmque ferventior eſt, quàm in marito. 4

Etſi hæc ſpecioſa videantur, verum tamen adulterium non evincunt, quemadmodum deſumitur *ex l. 6. §. 1. ff. hic.* ubi dicitur, adulterium propriè committi in nupta, ſponſa verò de futuro non eſt nupta, & ratio, ſeu forma adulterij abſolutè deficit; adulterium enim juxta ſuperiùs dicta eſt thori, ſeu fidei conjugalis violatio, *Can. illa. §. ergò. Cauſa 32. quaſt. 5.* per concubitum autem hujusmodi ſponſæ conjugalis thorus ideò non violatur, cùm ſponſo Jus accedendi ad thorum non competat ante conſenſum matrimonialem. Julius Clarus *in §. adulterium n. 9.* Covar. *de Sponſal. part. 1. cap. 1. n. 8.* Sanchez. *de matrim. lib. 1. diſp. 2. n. 8.* 5

Non modò autem inter delicta carnis, ſed inter reliqua crimina Adulterium eſt graviſſimum, atque atrocitate proximè accedit ad Crimen læſæ Majeſtatis. Fridericus 6

Bruck-

Bruckman. *vol. 2. consil. 15. n. 145.* Menoch. *de arbit. Judic. cas. 419.* & alij relati à Theodoric. *dict. cap. 6. aphoris. 1.* Cætera quippe crimina suæ malitiæ, & turpitudinis limitibus sunt circumscripta, adulterio autem quasi vitiorum agmen est inclusum, quemadmodum gravissima, quæ marito infertur, injuria, incertitudóque prolis, per quam familia non solùm contaminatur, sed etiam sæpè indignè ab hæreditate excluditur, quin prætet perjurium, dum fides conjugalis sanctissimo juramento religiosior fœdissimè violatur, nec raró parricidium maritorum per mœchos subornatur, & cædes miserorum infantium à matribus, in propria viscera sævientibus, crudelissimè perpetratur.

7 Unde de Jure Divino veteri hujus Criminis erat pœna mortis, Levit. *cap. 20. vers. 10.* Deuter. *cap. 22. vers. 22.* & lapidatio. Joannis *cap. 8. vers. 5.* De gentium moribus variæ adulterio erant præfixæ pœnæ, apud pauciores veró pœna capitalis. Ægyptij in adulterio deprehensum mille plagis cæsum castrabant, Hebræi eos plerúmque lapidibus obruebant, interdum quoque comburebant, Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 38.* Romani ante legem adulteria variè coërcebant, Lege Romuli marito, & cognatis adulterij vindicta deferebatur, qui subinde mutilatione membrorum puniebant, plerúmque ultra centesimum lapidem relegabant. Videatur Treutl. *vol. 2. disp. 32. thes. 2. litt. D.* Heigius *part. 2. quæst. 29. n. 39.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 52. à n. 2.* Qualis autem pœna adulterij fuerit ex lege Julia, non pauci ambigunt, mihi videtur probabilissima sententia Cujac. *lib. 6. obs. 11.* Antonij Fabri *Conject. lib. 2. cap. 20.* Heig. *dict. quæst. 29. n. 47.* asserentium, pœnam non fuisse mortis. Probatur hoc *ex l. 5. ff. de quæstion.* ubi adulterium cum incestu conjunctum deportatione punitur, & *l. 4. §. adulterij ff. de re milit.* ex qua adulterij pœnâ damnatus prohibetur inter milites recipi. Omnium autem argumentorum firmissimum est, quòd ex verbis legis Juliæ prohibeatur quis damnatam adulterij ducere, & damnata adultera testimonium perhibere, *l. 29. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult. l. 17. Cod. eod. l. 37. §. 1. ff. de minor. l. 18. ff. de test. l. 2. §. 6. ff. qui testam. facer.* inauditum veró est, à lege, quæ pœnam capitalem decernit, tales cautiones præfigi. Videatur Bachov. in Treutl. *vol. 2. disp. 32. thes. 2. litt. F.*

Hodie de Jure Civili in adulteros 8
est statuta pœna gladij, per Constitutionem Constantini *in l. 30. §. 1. Cod. ad leg. Jul. de adult.* in verb. *Sacrilegos autem nuptiarū gladio puniri oportet:* quam pœnam Justinianus *in Novell. 134. Cap. 10.* quoad Masculos confirmavit, quoad fœminas veró constituit, ut virgis cæsæ in Monasteriū ad pœnitentiam agendam detrudantur. Conjecturales rationes, queis Justinianus ad hanc mitigationem permotus esse præsumi-

 mi-

mitur, videri possunt apud Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 53.* & hæc Justiniani Constitutio à Carolo Quinto *in Carolin. pœnal.* est confirmata *art. 120.* cùm in eo per omnia se ad Jus Civile referat.

9 Quemadmodum hæc in Monasterium detrusio universim fermè ab usu recessit, nisi Monasteria pro pœnitentibus specialiter alicubi sint erecta, ita in plurimis locis pœna capitalis, saltem pro prima vice & simplici adulterio, non ampliùs infligitur, sed alia extraordinaria, relegationis, fustigationis, aut pecuniaria, prout attestantur Menoch. *de arbit. Judic. cas. 419. à n. 5.* Berlich. *part. 4. conclus. 27. n. 92.* Besold. *delib. ex ff. lib. 48. quæst. 11.* R. P. Wiestner. *Extra de adult. & stup. art. 3. n. 42.* quod ipsũ quoq; de nostro Jure patrio est receptũ, atq; adulterio pro varia ejus qualitate (utrùm sit duplex, vel simplex, quemadmodum vocari consuevit, aut à quibus personis juxta discrimen triplicis statûs perpetratum sit) varia decernitur pœna, sicut cernere est Land- und Policey-Ordnung *lib. 5. tit. 9. ab art. 1. usque ad 11.* Illud tamen notanter est advertendum, quòd ex continuatione adulterij, cum una pluries commissi, non plura, sed unicum reputetur adulterium, eámque ob rem unica etiam est decernenda pœna. Covar. *var. resol. lib. 2. cap. 10. n. 8.* Otto Tabor *Racemat. crim. 1. fol. 28. n. 76.* & plures relati à Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 62. n. 63.*

Porrò leges Civiles largiuntur licentiam primò patri, existenti sui Juris, filiam, quam in potestate habet, in adulterio deprehensam simul ac adulterum occidere, modo utrumque perimat. *l. 20. l. 23. ff. ad leg. Jul. de adult.* Secundò pariter & marito deprehensum domi cum sua uxore in ipso flagitio, si sit persona vilis, occidendi Jus est datũ, non autẽ uxorem occidere ei licet. *l. 24. ff. eod.* Tertiò, si Maritus suspecto cum sua uxore de adulterio ter in scriptis denuntiavit, ne dehinc cum sua conjuge versaretur, omnémque familiaritatem declinaret, eum tamen, non obstante hac facta denuntiatione, cum uxore in loco ad suspicionẽ turpitudinis apto si deprehenderit, perimendi potestatem habet. *Novell. 117. cap. 15.* & inde desumpta *Auth. si quis Cod. ad leg. Jul. de adult.* quem rigorem, tametsi haud pauci hodie adhuc tueantur, Julius Clarus *in §. homicidiũ n. 5.* & *ibid.* relati, mihi tamẽ cũ Haunold. *de Just. & Jur. tom. 1. tract. 2. n. 716.* videtur hæc facultas esse à Jure Canonico sublata, *Can. inter hæc 6. Can. si quid verius 9. Caus. 33. quæst. 2.* ex ratione, quia tales cædes, in periclitantibus de æterna salute adeò præcipitanter commissæ, à gravissima culpa excusari nequeunt. Covar. *de matrimon. part. 2. cap. 7. § 7. n. 15.* Molina *de Just. & Jur. tract. 3. disput. 99.* 10

Illud hoc in passu signanter est notandum, quòd accusatio adulterij ad pœnam legalem, superiùs varie 11

riè annotatam, ante omnes soli tribuatur marito, *l. 2. §. 8. ff. hic.* ratio est, quoniam justus dolor principaliter eum impellit: nisi maritus aut accusationem retardet, aut pater probet eum cum uxore colludere, eo enim casu ad patrem & cæteros agnatos, cognatósque Jus accusandi devolvitur. *l. 3. ff. hic. l. 30. Cod. eod.* Inspecto verò Jure Codicis, maritus uxorem non potest accusare, nisi facto divortio, *l. 11. Cod. hic.* uxor verò maritum ad pœnam adulterij legalem accusare regulariter requit, *l. 1. Cod. h. t.* ratio est tum, quòd ab uxore marito tanquam capiti familiæ major debeatur reverentia, tum etiam, quòd adulterium uxoris ob incertitudinem prolis, & falsi partûs suspicionem, spectato effectu, longè sit gravius: quin accusata de adulterio nec exceptionem similis criminis à marito commissi ob dissimilitudinem objicere potest, per doctrinam eorum, quos collegit Sanchez. *de matrim. lib. 10. disput. 8. n. 3.* Quemadmodum autem hæc differentia per Jus Carolinum hodie est sublata *art. 120.* ibique Classenius. PetrusHeig. *part. 2. quæst. 29.* Theodoricus *cap. 6. aphoris. 3. n. 21. in fine* Struv. *Synt. Jur. Civ. l. exercit. 49. thes. 31.* ibique Petrus Mylerus,

12 Ita in ordine ad pœnas Civiles, seu Canonicas adjudicandas, uxori non minùs ac marito, accusandi, quinimò actionem injuriarum ex adulterio natam movendi, est data facultas. *Arg. l. 1. Cod. hic.* ibique Brunneman. Struv. *cit. loc.* Sunt autem adulterij præter pœnas capitales, seu saltem criminales, aliæ Civiles, aliæ Canonicæ, quarum prima est Separatio quoad thorum & mensam, quam innocens conjux petere potest. *Cap. 5. Extra de procurat. Cap. 5. Extra de divortijs. Novell. 117. cap. 8.* Altera est Amissio dotis, & diverso respectu donationis propter nuptias, adeò quidē, ut, si maritus adulterium perpetrat, uxor donationem propter nuptias, uxore autem adulterium committente, maritus dotem lucretur. *Cap. plerumque Extra de donat. inter vir. & uxor. l. ex consensu Cod. de repud.* Novell. *117. cap. 8.* Canisius & Gonzalez. *in cit. cap.* Struv. *cit. exercit. thes. 29.*

Cessat autem hæc amissio primò, 13
si uterque adulterium commisit, in tali enim casu delicta compensantur. *Cap. intelleximus 5. & Cap. fin. Extra de adult. & stupr. l. viri ff. solut. matr.* Secundò, si conjux nocens innocenti fuerit reconciliatus, eique denuò cohabitaverit. *Cap. plerúmque Extra de donat. inter virum & uxor.* Tertiò, si Maritus leno fuerit, & uxorem prostituat. *l. cùm mulier 43. ff. solut. matrim.* Quartò, si adulter ex eodem, vel alio matrimonio, liberos habeat, quo casu dos, seu donatio propter nuptias quoad proprietatem liberis reservatur, conjux autem innocens solum obtinet usumfructum, quo-

quoad vivit. Novell. *117. cap. 8.* Covar. *de matrim. part. 2. cap. 7.* §.*6.n.4.* Farinac. *prax. crim. quæst. 142. n. 93.*

14 Proximum seu consimile adulterio crimen est Lenocinium, quod committitur, aut propriam uxorem prostituendo, & ex adulterio quæstum quærendo, *l. 29. §. 3. & l. 33. ff. hic.* aut filiabus & ancillis necessitatem peccandi imponendo, *l. 6. Cod. de spect. & scenic. & lenon.* aut extraneas ad stupra producendo, *Novel 13.* aut ædes ad similia crimina præbendo. *l. 3. §. 3. ff. de accusat. l. 8. ff. hic.* Videantur relati apud Theodoric. *in suo Colleg. criminal. cap. 6. aphoris. 6. à n. 18.* ubi hoc crimen per varia exempla prolixius deducit. Pœna hujus delicti est eadem, quæ adulterij, *l. 8. l. 10. l. 14. ff. hic. l. 18. Cod. de transact.* præsertim *de Jure Novell.* & in specie *Novell. 14.* ubi Justinianus Imperator adeò in lenones fulminat, ut hoc crimen furto, & latrocinio gravius esse asserat; quemadmodum ergò de Jure Civili pœna adulterij est mors naturalis, ita quoq; hujus delicti, quæ de Jure Imperij novissimo, seu Carolino non est mutata, *Carol. pœnal. in art. 122.* præsertim in marito & parentibus uxoré & filias prostituentibus. Videatur Carpz. *pract. rer. cri. part. 2. quæst. 61. n. 14.* Classen. *ad cit. art. 122.* Matthæus Stephanus *ad cit. Novell. 14.*

15 Si autem quis extraneas personas aliorum libidinibus prostituit, adeóque ope, & auxilio hoc promovet crimé, quemadmodú copulatrices, adductrices vetulæ, aut qui ædes suas ad stupra, scortationes, & adulteria concedit, *l. 8. ff. hic.* licèt de Jure Justinianeo quoq; pœnæ mortis subjiciatur, *cit. Novell. 14.* in verb. *præconizamus tamen:* hodie tamen de Jure Carolino pœnâ arbitrariâ coërcetur, juxta descriptionem *art. 123.* ibiq; prolixè Classenius. Carpz. *pract. rer. crim. dict. quæst. 61. n. 60.*

Tertia species delicti, à crimine 16 adulterij non multùm distans, est Polygamia, seu, ut à Criminalistis nuncupari consuevit, Bigamia, quæ est delictum carnis, quo maritus vel uxor, vivente adhuc conjuge, alium superinducit, atque conjugali affectu ei cohabitat, animo priorem conjugem deserendi. Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 66. n. 1.* Theodor. *in suo Colleg. crim. cap. 6. aphoris. 6.* Crimen hoc non solùm est de Jure Civili, *l. 18. Cod. ad leg. Jul. de adult. l. 2. Cod. de incest. nupt.* sed & Divino & ratione naturali odiosum, quia conjugi in solidum obligatur uxor, adeóque alteri ex illa Juris regula concedi neutiquam potest, cùm plures eandem rem in solidum possidere nequeant, *l. 3. §. è contrario. ff. de acquir. poss.* atque zelus & amor conjugum impatiens consortis in amato sit. Covar. *part. 2. de matrim. cap. 7. §. 3. n. 2.* Bronchorst. *lib. miscell. cap. 99.* Cùm igitur hoc delictum adversetur formæ matrimonij, quod est conjunctio unius viri, & fœminæ, §. *1. Inst. de nuptjis*, gravius censetur esse adulte-

teriò, Carolin. pœnal. *art. 121.* unde, etsi de Jure Civili Justinianeo in bigamos pœna mortis non sit decreta, *l. 18. Cod. ad leg. Jul. de adult. l. 2. Cod. de incest. nupt.* de Constitutione tamen Carolina pœna gladij eis est præstituta, *dict. art. 121.* ad quam tamen præter alia requiritur primo, ut dolo alterum superinducat conjugme. Secundò, consummatio delicti, per verbum *cit. art.* vollbringen. Videatur Carpz. *part. 2. quæst. 66. à n. 52.* Classen. *ad dict. art. 121.* Theodoric. *allegat. aphoris. 6. à n. 12.* Struv. *Synt. Jur. Civil. d. l.* In personis solutis verò, se conjugatis jungentibus, juxta doctrinam superiùs traditam distingui debet; aut solutus consociat se scienter maritatæ, & pœna est adulterij, si è diverso soluta uxorato, relegationis dictanda erit pœna. Quando autem soluti ignoranter se jungunt conjugatis, omnis in illis cessat pœna. Theodoric. *in cit. aphoris. 6. n. 13.* Carpz. *cit. quæst. 66. n. 76.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 35.* ibique Petrus Mylerus.

Speciebus libidinis, seu carnis de-
17 lictis accensetur quartò Stuprum, quod est illicita virginum defloratio non præcedente pactione conjugali, *Can. lex illicita 2. caus. 36. quæst. 1.* ad quam speciem quoque reducitur Concubitus cum vidua honestè vivente, *§. 4. Inst. de pub. Judic. l. 6. §. 1. ff. ad leg. Jul. de adult.* & stuprum, si puellæ inferatur virgini vel viduæ volenti, vel in sui violationem consentienti, ubi in pœnam de Jure Civili stupratori est præstituta publicatio dimidiæ partis bonorum, si est honestæ & nobilioris conditionis, si autem vilioris statûs, relegatio cum fustigatione. *§. Item lex 4. Inst. de pub. Judic.* ibique Joannes Harprecht. *n. 40.* Julius Clarus *in §. stuprum n. 3. in fine.* Matth. Berlich. *part. 5. Conclus. 38.* Si verò virgo seu vidua honestè vivens per vim nefariam compressa stuprum est passa, pœna est capitalis. *l. 1. §. fin. ff. de extraord. crim.* Ordinat. Carol. *art. 119.*

De Jure tamen Canonico, & ge- 18
nerali ab Imperio recepta consuetudine, stuprans volentem, & consentientem, tenetur stupratam vel ducere, vel dotare, *Cap. 1. Cap. 2. Extra de adult. & stupro.* ut post Panormitan. & Fagn. *in cap. pervenit.* Salycet. *in l. 18. Cod. ad leg. Jul. de adult.* docet R. P. Wiestner. *in tit. de adult. & stupro. art. 2. n. 20.* & quamvis de rigore Juris ad utrúmque, & eam ducendam simul ac dotandam, obstringatur, de consuetudine tamẽ tantummodò disjunctivè est obligatus, per ea, quæ tradit Salycet. *in l. 18. Cod. ad leg. Jul. de adult.*

Unde dubium enascitur, utrùm 19
quis puellam à se corruptam teneatur dotare, si illa nec fraude, nec metu interveniente in sui violationem liberè consensit. Negantium opinio mihi semper verior visa est, ratio est partim, quoniam juxta allegata *Cap. 1. & 2.* stuprator dota-

tare tenetur eam, quæ est seducta, vel decepta, qualis non est, quæ se obtulit, seu liberè consensit, partim cùm scienti, & volenti non fiat injuria, *l. 145. ff. de Reg. Jur. Cap. scienti. eod. in sexto.* quæ per seductionem, seu deceptionem illata, designatione dotis, vel contractu matrimoniali compensanda foret: Molin. *de Jure & Just. tract. 3. disput. 106.* Lessius *eod. tract. lib. 2. cap. 10.* partim cùm talis defloratio præter simplicem fornicationem nullam contineat injustitiæ malitiam, non enim irrogatur injuria virgini, ut mox est ostensum, nec proli, siquidem nondum nata non habet Jus, cujus violatione injustitia committi potest, quinimò melius est ei in tali esse qualitate, quàm in nulla, aut omninò non esse: minùs parentibus, quia puella liberum corporis usum adeò obtinet, ut illo ad generationem vel nunquam, vel legitimo uti modo, vel illegitimo abuti absque aliorum injuria possit.

20 Alia priori dubio succedit controversia, an stupratori eo casu dotandi obtingat obligatio, quo puella ei nubere recusat. Mihi cum Julio Claro *in cit. §. stuprum.* Salyceto *in l. 18. Cod. ad leg. Jul. de adult.* Gonzalez. *in cit. cap. 1.* Menoch. *de arbit. Judic. cas. 228.* probatur affirmativa; ratio est, quoniam, si pater in conjunctionem filiæ cum stupratore non consenserit, perdurat obligatio dotandi *Cap. 1. extra de adulter. & stupr.* ergò à fortiori eo casu, quo filia, de cujus conjunctione agitur, & quæ per stuprum injuriam, & detrimentum est passa, dissentit, dotandi obligatio dabitur.

Huic luxuriæ crimini affine est 21
crimen Raptûs, quod definiri potest esse virginis aut alterius solutæ, vel ligatæ, honestæ tamen mulieris violenta de loco ad locum abductio, libidinis exercendæ, vel etiam matrimonij cum ea ineundi causâ: *l. 5. §. 2. ff. ad leg. Jul. de vi pub. l. unic. Cod. de rapt. virgin.* Julius Clarus *in §. raptus n. 1.* Molina *de Just. & Jur. tom. 3. disput. 105. n. 1.* Classen. *ad Carolin. in art. 118.* & alij relati à Brunnemanno *in dict. leg. unic. Cod. de rapt. virgin.* & tametsi rapta consentiat, si violentia sit marito vel parentibus, in quorum est potestate, illata, tamen forma hujus criminis habetur, cùm his gravis irrogetur injuria. *l. 1. §. 5. ff. de injur.* Videatur Clarus *dict. loc. n. 3.* Sanchez. *de matrimon. lib. 7. disput. 7. n. 12.* Si igitur puella sub nullius potestate existens spontè, & absque dolosis importunisque persuasionibus, aut promissis in sui consensit abductionem, propriè raptus dici nequit, *arg. l. 3. §. 5. ff. de incend. naufrag. ruin. l. nemo ff. de R. I.* tali quippe casu ei propter præstitum consensum adversùs raptorem non nascitur actio, nec alijs, cùm in nullius sit potestate. Porrò pœna hujus criminis regulariter est capitalis, *l. unic. Cod. de rapt. virg.* Julius Clarus *in §. raptus. n. 4.* Decianus

de

de Crimin. lib. 8. cap. 10. Theodoric. *cap. 6. aphoris. 8.* Carpz. *part. 1. quæst. 40. n. 26.* nec de Jure novissimo Carolino est immutatum, *art. 118.* ubi Imperator in ordine ad hanc pœnam dictandam se refert ad Jus commune.

22 Inter crimina venerea quoque recensetur Incestus, quod vocabulum congressum minimè castum denotat, éstque coitus inter consanguineos, vel affines matrimonium contrahere prohibitos. *Can. lex illicita. §. cùm ergò Caus. 36. quæst. 1.* Julius Clarus *in §. incestus n. 1.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 38* & alij relati apud Carpz. *part. 2. quæst. 72. à n. 1.* Perpetratur autem hoc crimen duplici modo. Primò, sub prætextu matrimonij, de facto contrahendo incestas nuptias. Secundò absque attentatione nuptiarum, & quidem non nisi inter personas in quarto, seu proximiori gradu consanguinitatis, seu affinitatis conjunctas. *Cap. 8. Extra de consanguin. & affin.* Unde infertur primò, eum, qui carnaliter peccat, aut de facto attentat matrimonium cum consanguinea suæ sponsæ, nondum carnaliter cognitæ, propriè non committere incestum, quoniam non est vera, sed quasi solummodò affinitas. Covar. *de sponsal. part. 2. cap. 6. §. 8. n. 4.* Infertur secundò, nec illum propriè in hoc crimen incidere, qui delinquit cum cognata spirituali, ratione Sacramentorum Baptismi vel Confirmationis conjuncta. Clarus *in §. incestus n. 4.* Berlich. *part. 4. conclus. 32. n. 22.* Clasen. *ad art. 117. Carolin. pœn.* Infertur tertiò, incestum non perpetrari coëundo cum cognata legali, quoniam per arrogationem non propriè contrahitur consanguinitas. Farinac. *in prax. crimin. quæst. 149. n. 46.* Infertur quartò, minùs committi incestum concumbendo cum consanguinea collaterali in quinto, vel ulteriori gradu conjuncta, vel habendo carnale commercium cum duabus puellis, vel mulieribus in tertio consanguinitatis gradu conjunctis: ratio est, quia post decretum Synodi Tridentinæ affinitas ex copula fornicaria orta ad secundum duntaxat restringitur gradum. *Sess. 14. cap. 4. de reformat.* Guttierez. *quæst. Canon. lib. 1. cap. 23. n. 3.*

Etsi hoc crimen sit atrox, & horrendum, ipsóque adulteriô gravius 23 æstimetur, *Arg. l. 38. §. 1. ff. ad leg. Jul. de adult. coerc. Can. adulterij. Caus. 32. quæst. 7.* pœna tamen ei de Jure communi non est determinata, sed potiùs determinationi LL. per usitatam praxim deductæ standum est: & quidem, si incestus committitur inter ascendentes & descendentes, qui coitus nefarius passim dicitur atque contaminatio, & coinquinatio sanguinis, à qua pudor naturalis quasi abhorret, & eapropter Jure gentium prohibitus esse dicitur, *l. 14. ff. de ritu nupt.* hoc casu pœna gladij est decreta,

Struv.

Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 38.* Claſſen. *ad art. 117. Carol. pœnal.* Berlich. *part. 4. concluſ. 38. n. 13.* & alij relati à Carpz. *dict. quæſt. 72. n. 21.* & quidem abſque diſcrimine ſexûs. Farinac. *oper. crimin. part. 5. quæſt. 149.* Carpz. *cit. loc.* Ratio eſt partim, quia talis inceſtus eſt Jure naturali prohibitus, *dict. l. ult. ff. de ritu nupt.* in ijs autem, quæ ſunt Juris naturæ, mulier mitigationem pœnæ non meretur, *l. 32. §. 2. ff. ad leg. Jul. de adult. coerc.* partim cùm æqualiter peccet filia patri, quàm mater filio ſe proſtituens.

24 Si autem inceſtus eſt commiſſus inter collaterales, fratres, & ſorores, fratrum ac ſororum filios, aut cum avunculo, aut materterâ, pro diverſitate graduum, & ratione proximitatis vel fuſtigatione, vel relegatione punitur. Videatur Carpz. *part. 2. quæſt. 73. à n. 1.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 38.* Berlich. *part. 4. concluſ. 33.* & pleniſſimè diſcuſſit Theodoric. *Cap. 6. aphoriſ. 5.* Niſi ſit inceſtus cum adulterio conjunctus, tunc enim pœna adulterij eſt decreta, ratio eſt, quia pœna adulterij eſt ſeverior pœnâ inceſtûs, ergò majus delictum abſorbet minus, majoriſque delicti pœna eſt dictanda. *Arg. l. illud 32. §. ult. ff. ad leg. Aquil.* Jungantur relati à Carpz. *dict. quæſt. 73. n. 76.* Claſſenius *in dict. art. 117. Carolin. pœnal.*

25 Sicuti inceſtui inter collaterales commiſſo pœna mortis definita non eſt, ita nec ei, quod perpetratur inter affines, quemadmodum latè explicant Carpzov. *dict. part. 2. quæſt. 74.* & Berlich. *part. 4. concluſ. 35.* & Theodoric. *cap. 6. aphoriſ. 5.* præprimis verò in his caſibus ſunt reſpicienda ſtatuta, & conſuetudines locales. Videatur Nicolaus Boërius *Deciſ. 296.*

26 Huic expoſito crimini inceſtûs haud abſimile æquè grave, aut etiam gravius eſt Sacrilegium carnale, quod eſt luxuriæ ſpecies cum certo perſonarum genere conſummatæ, definiríque poteſt, eſſe coitum cum perſona per Votum Caſtitatis DEO dicata. Farinac. *in prax. crim. quæſt. 146. n. 1.* Primo igitur committitur cum Moniali per votum continentiæ DEO ſacrata. *Canon. ſciendum. Cauſ. 27. quæſt. 1. l. 10. Cod. de Epiſc. & Cleric.* Panormitan. *in Cap. Monaſter. Extra de vita & honeſt. Cleric.* & latè Decian. *lib. 6. cap. 10. à n. 1.* Hoc delictum imbibit & adulterij, & inceſtûs rationem. Ratio eſt, quia committitur in ſponſa DEI, qui eſt Creator, & Pater noſter. *Can. qui abſtulerit. Cauſ. 12. quæſt. 1.* Vide latè differentem Decianum *dict. lib. 6. cap. 20.* Petrus Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 37.* Huic crimini alia pœna eſt definita de Jure Civili, alia de Jure Canonico: prius corruptori præſtituit pœnam capitalem. *l. 5. Cod. de Epiſcop. & Cleric. Novell. 123. cap. 43.* Menoch. *de arbit. Judic. Caſu 502.* Petrus Myllerus

cit.

tit. loc. Ascetica verò, seu Monialis solummodò arctiùs est custodienda. *dict. Novell. 23. cap. 43.* De Jure Canonico, si est Laicus, excommunicatur, si autem Clericus, beneficio privatus, ab ordine deponendus, atque in Monasterium ad pœnitentiam agendam detrudendus est. *Can. si quis Episcopus. 6.* & *si qua Monacham 28. Caus. 27. quæst. 1.* Secundò perpetratur hoc crimen ab Episcopo, aut aliâ personâ, voto per Professionem in aliqua approbata Religione solennizato obstrictâ, in quibus personis hoc etiam adulterij rationem sortitur ob matrimonium, quod Episcopus cum Ecclesiâ, atque professi Religionem cum Christo contrahunt. *Cap. 2. & ult. Extra de translat. Episcop. Canon. quotquot. Canon. Monacho. Caus. 27. quæst. 1.* Vide latè Sanchez. *de matrim. lib. 7. disput. 85. n. 5.* Tertiò hoc crimine se contaminant omnes, tam simplici quàm solenni voto obstricti, quoniam tales personæ omnes sunt DEO consecratæ, in qua consecratione malitia sacrilegij consistit: quæ ratio in foro interno, simul etiam quoad certos effectus in externo, sacrilegium evincit, in foro autem contentioso non solùm Laici tali voto ligati, sed Clerici etiã sacro Ordine initiati, aut Religionem professi si cum soluta muliere concubuerunt, pro simplici habetur fornicatione. Julius Clarus *in §. fornicatio. n. 18.* Decianus *lib. 6. cap. n. 14. in fine.* addantur relati à Farinac. *in prax. crim. quæst. 146. à n. 30.*

Ultima nefandissimæ, ac monstrosæ luxuriæ species est Sodomia, à Sodomis sic nuncupata, Genes. *cap. 19. v. 5.* re ipsa autem nil aliud est, quàm coitus contra naturam non servato debito sexu. Triplici potissimùm perpetratur modo. Primò, si mas cum mare, aut fœmina cum fœmina concumbit. Genes. *dict. cap. 19. vers. 24. Arg. l. 31. ff. ad leg. Jul. de adult.* Secũdò perpetratur per concubitum maris cum fœmina, sed non servato debito vase, aut si præpostera exercetur venus, etsi cum propria uxore. Julius Clarus *in §. Sodomia n. 1.* Theodoric. *cap. 6. aphoris. 5. litt. K.* Petrus Myllerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 42.* Tertiò omnium abominandissima est coitio hominis cum bruto, quæ tanquam libidinis monstrum impropriè ad Sodomiam refertur, & magis propriè Bestialitas nuncupatur, adversùs quod detestabile crimen Jus Civile imperat armari leges ultore gladio, *l. 31. Cod. ad leg. Jul. de adult.* à Carolo Quinto autem in pœnali sua Constitutione pœna illa exasperata, & in pœnam ignis est mutata, *art. 116.* ibiq; Classenius: ad exemplum Juris Divini, Urbes Sodomã, & Gomorrhã nefando hoc contaminatas scelere, igne & sulphure cœlitùs delapso punientis. 27

Hæc tamen pœna non in omni casu executioni mandatur, sed si homines nefandum hoc inter se au- 28

dent perpetrare crimen, sive non servato debito sexu, sive debito modo venere contra naturam abutantur, pœnâ gladij plectuntur. Carpz. *part. 2. quæst. 76. à n. 15.* Classen. *in dict. art. 116.* Si autem homo cum brutis contranaturali libidine se contaminat, cum bestia homo concrematur, quod supplicium tam de Jure divino Levit. *cap. 20. vers. 15.* quàm Canonico *Can. mulier. caus. 15. quæst. 1.* præfixũ est: non equidẽ animal eam comburitur ob causam, quòd delinquere, pœnamque promereri queat, sed ut oculis hominum subducatur, & memoria abominandissimi criminis submoveatur; Prosper. Farinac. *part. 5. quæst. 148.* quamvis verò hæc ratio suadeat animal esse occidendum, haud tamen evincit, esse concremandum, ut conformiùs forte originem hujus pœnæ, etiam animali applicandæ, à Jure divino accersamus, lex quippe Divina jubebat bestiam, quæ ad patrandam Sodomiã erat usurpata, igni subjicere, ut à DEO remonstraretur, præ cæteris criminibus atrocitatem hujus nefarij delicti exosam esse.

ACTIO

Seu Judicium Legis Juliæ de vi publicâ.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Vis publica, & quid privata?*
2. *Recensentur exempla, quibus vis publica committitur.*
3. *Quæ antiquitùs vis publicæ fuerit pœna?*
4. *In quibus casibus exasperetur?*
5. *Vis publica singulariter committitur frangendo pacẽ publicam.*
6. *Recensentur species hujus delicti.*

1 Vigesima quinta est Actio seu Judiciũ Legis Juliæ de Vi publicâ. Delictis, quæ lege Julia vindicantur, accenseri quoque solet Vis publica, aut privata, quæ non est aliud, quàm Delictum publicum, violento facto contra Jus commissum. Vis publica, de qua in hoc Judiciô agitur, fit cum armis, privata, de qua in sequenti, fit absque armis. Ut ergò hæc materia promptiùs, faciliúsque imbibatur, nôsse oportet, quamvis de Jure veteri Digestorum armorum usus adeò prohibitus non fuerit, posterioribus tamen Constitutionibus Imperatorum armorum usum privatis penitùs excussum esse, *l. 1. & seq. Cod. de Fabricens. l. unic. Cod. ut armorum usus &c. Novell. 58. Cap. 1.* nullo armorum commercio concesso, nisi parvarum machærarum, vel cultrorum, quorum in

prælijs nullus est usus; *cit. Novell. 85.* à quibus Constitutionibus hodierni mores recessêre, nec enim ampliùs in publicis, sed privatis officinis arma cuduntur & fabrefiunt.

2 Porrò vis publica regulariter cum armis infertur, cujus species JCti Marcianus *in l. 1. & 3.* Ulpianus *in l. 4.* Paulus *in l. 11. ff. h. t.* accuratè designant: unde, qui seditionis permovendæ causâ consilium evocat, atque coacto cœtu, aut conglomeratis hominibus insultum attentat, injuriam irrogat. *l. 3. ff. hic.* Aut secundò, qui convocata hominum turba effecit, ut quis verberetur, pulsetur, quantumvis occisus non sit. *l. qui dolo 10. §. ult. ff. hic.* Tertiò, qui alienas ædes, villas, aliásque communitates expugnavit, expilavítque. *l. 3. §. 1. ff. eod.* Quartò, si quis possessorem domo, agro, aut navi armatis hominibus dejecit, *l. 3. §. final. ff. hic.* eamq; ob causam multò magis pœnæ hujus criminis latrones, bona per nefariam violentiam auferentes, subjiciuntur. *l. capitalium §. famosos ff. de pœnis.* Quintò, qui Dominum à dispositione rei suæ impedivit, aut armis prohibuit, ne quis res suas ex incendio, naufragio, vel à prædonibus conservaret. *dict. l. 3. §. 5. ff. eod.* Sextò committitur hoc crimen metu cadente in virum constantem, aliquem coadunatis, armatisque hominibus concutiendo, vel adigendo, ut se ad aliquid dandũ, seu faciendũ obliget, *l. qui cœtu 5. ff. hic.* aut si quis effecit, ne Judicia publica tutò exerceantur, aut Justitia administretur. Septimò, quando quis rem sequestratam adhibitis armis violenter abripit, aut etiam in Judicium legitimè citatum eximit. *Arg. l. 8. ff. hic.* Plures casus, quibus hoc crimen committitur, videri possunt apud Tiberium Decianum *tract. criminal. lib. 8. cap. 16.* Theodoric. *cap. 6. aphoris. 7.* Petrum Mylerum *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 45.*

Pœna huic crimini de Jure Civili 3
definita pro vario casu est varia, antiquitùs enim erat aquæ & ignis interdictio: *l. 10. §. ult. ff. hic.* quoniam verò in locum illius pœnæ successit deportatio, *l. 3. ff. ad leg. Jul. pecul.* idcircò in hoc quoq; crimine locum sibi vendicat, *l. 8. Inst. de publ. Judic.* Brunneman. *in l. 11. ff. hic.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 46.* Theodoric. *cit. loc.* & in consequentiam olim confiscatio bonorum, secùs hodie de Jure Novell. *Auth. bona damnat. Cod. de bon. damnat.* per quam bona descendentibus, ac ascendentibus & collateralibus usque ad tertium gradum reservantur.

Hæc autem pœna ordinaria vio- 4
lentiæ publicæ augetur, vel minuitur in casibus, à Jure specialiter notatis, & expressis. Augetur primò, atque capitalis pœna est decreta in illos, qui Buccellarios & Isauros populos seditione infames, vel armatos servos sub prætextu propriæ tutelæ detinebant, & alimentabant. *l. final. Cod. h. t.* ibiq; eleganter Brunne-

neman. Secundò pœna capitalis locum sortitur adversùs violentos incendiarios: *Arg. l. ult. ff. de incend. ruin. nauf.* si enim ob simplex excitatum incendium pœna mortis est statuta, multò magis si per violentiam nefariam incendia sparguntur. Tertiò in violentos expugnatores alienarum ædium, tanquam turbatores pacis domesticæ pœna fustigationis est præstituta. *l. penult. ff. hic.* Quartò, qui possessione rerum suarum quem dejicere, vel expellere conatus est, si homicidium ex hoc attentato secutum sit, pœna mortis authori turbæ dictatur. *l. 6. Cod. h. t.*

5 Singularis violentiæ publicæ species est juxta Imperij Recessus Crimen fractæ pacis. Recess. Imperij *de Anno 1500. 1521. 1594.* Perpetrari dicitur hoc crimen, quando Princeps, seu quivis alius, contra Constitutiones Imperij de pace publica congregatis hominibus, vi armata aliquem invadit, ejúsve ædes, vel bona dolo & injuriandi animô occupat. Gaill. *lib. 1. de pace pub. cap. 7.* Mynsing. *cent. 3. obs. 91.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæst. 35. & seq.*

6 Jure autem Carolino variæ recensentur species hujus delicti, & primò quidem *art. 128.* in hoc delictum incidit, qui animo offendendi alios, à domo sua profugit, ad loca suspecta se conferens, ut auxilium, & opem nactus minas suas, & intentionem in actum deducere queat, vulgò ein Landzwinger/ ein Austretter. Secundò, qui alijs bellũ inferunt. *art. 129.* Tertiò, turbatores pacis domesticæ, aut quartò Civitatis, der Hauß- oder Stadt-Friedbruch. Quintò percussores in locis privilegiatis, qualia sunt palatia, castra, & præfecturæ Principum, aut etiam Civitatis palatia, queîs pax Burgensis est donata, vulgò Burgfried. vide Besold. *thes. pract.* in verb. Burg. Sicut verò de Jure *ff. & Cod.* gravissimæ in violatores pacis publicæ statutæ sunt pœnæ, ita de Jure Imperij potissimum duæ, aut Bannus Imperij, aut 200. marcæ auri puri. Carpz. *part. 1. quæst. 35. n. 9.* Mynsinger. *Cent. 5. obs. 78.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 47.* Liberum autem arbitrium Actori allegata Ordinatio relinquit, utrùm omnes conjunctim, vel divisim, vel unicam tantummodo petere velit. Mynsinger. *dict. loc.* Carpz. *eod. n. 9. sub fine.* Si autem pax domestica vel Burgensis violata fuerit, potissimum dependet à locorum statutis, per quæ subinde pœna amputationis manùs est decreta. Carpz. *dict. part. 1. quæst. 40. n. 30.* Mylerus in Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 47.*

ACTIO

ACTIO

Seu Judicium Legis Juliæ de Vi privatâ.

SUMMARIUM.

1. Describitur Vis privata.
2. Quibus modis committatur?
3. Quæ sint ejus pœna?

1 VIgesimô Sextô locô succedit Judicium Legis Juliæ de Vi privatâ. Vis privata dicitur, quæ fit sine armis, §. *8. Inst. de pub. Jud. l. 2. l. 4. & l. 5. ff. hic.* quando nempe violento facto vis infertur, sine violentia verò fieri vis nunquã censetur, *l. 3. ff. quod vi, aut clam.* & quidẽ tale factũ sit oportet, quod alterius excludat voluntatẽ, propriè enim vis in invitum & reluctantem fieri dicitur. *l. 1. & l. 2. ff. quod metûs caus.* Differentias inter publicam & privatam vim de Jure antiquo receptas si desideras, consule Tiberium Decianum *l. 8. cap. 1. à n. 6.* quas etiam tangit Carpz. *part. 1. quæst. 40. n. 5.* hodie solis armis secernuntur.

2 Committitur autem vis privata varijs modis. Primò, si quis dolo malo ex naufragio diripit, *l. 1. §. 1. ff. hic.* aut si nautis injustam vim intulerit, *l. 1. §. ult. ff. eod.* Decianus *l. 8. cap. 17. n. 3.* aut secundò si coadunatis hominibus, coactóque cœtu, absque tamen armis, ad aliquem verberandum, pulsandũ, non autẽ occidendũ prosiliat. *l. 2. ff. hic.* Quinimò si nullus sit pulsatus, per injuriam tamen quid ex bonis alienis subtractum, hoc crimen perpetratum esse dicitur. *l. 3. §. ult. ff. hic.* Tertiò, quandò quis concursum & cœtum evocavit, & præpedivit, quo minùs quis producatur, *l. 4. ff. eod.* vel incarceratum violenter liberavit, aut ex manibus & potestate Officialium exemit. Quartò, qui torquet servum alienum, talis præter injuriarum actionem de vi privata tenetur. *dict. l. 4. ff. eod.* Quintò perpetratur hoc crimen, si quis de sua possessione dejiciatur, *l. 5. ff. eod.* & absque judiciali cognitione bona illius violenter occupentur, *l. ult. §. 4. Cod. unde vi.* improbissimi enim exempli res est, in re propria Judicis officio defungi. *l. 7. ff. de Judic.* Ultimò, qui improbè coëunt in alienam litem, ut, quidquid ex condemnatione lucrifactum sit, commune fiat, aut creditores bona debitorum proprie authoritate usurpantes hoc crimẽ patrant. *l. ult. ff. hic* Videatur de his speciebus Tiberius Decianus *lib. 8. tit. 17.* & Brunneman. *in l. 1. & l. 3. ff. hic.* Carpz. *part. 1. quæst. 40.*

Pœna huic crimini præstituta & 3

Confiſcatio tertiæ partis bonorum, *§. 8. Inſt. de pub. Judic. l. 2. Cod. ad leg. Jul. de vi pub. vel privat.* Creditoribus tamen delinquentis fiſcus ad ſatisfactionem obligatur, quia ſuccedit ut privatus. *l. 31. ff. ſolut. matrim. l. 5. Cod. de bon. proſcript.* Brunneman. *in l. 2. Cod. hoc tit.* Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. theſ. 49.* Quemadmodum autẽ omnia Judicia publica infamant, *l. infamem. ff. de pub. Judic.* ita priorem pœnam concomitatur infamia, *l. ult. ff. hic.* eámque ob rem, qui ſe hoc crimine contaminavit, omnibus honoribus & dignitatibus privatur, *l. 1. ff. hic*, de moribus verò eſt pœna arbitraria. Julius Clarus *lib. 5. Sent. §. final. quæſt. 83.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. theſ. 49.* Carpz. *pract. rer. crimin. quæſt. 40. n. 7.* Tiberius Decian. *lib. 8. cap. 18. à n. 18.* Id pro coronide hujus rubricæ eſt annotandum, authorem tumultus, ſi ex ſua, vel altera parte quis ſit occiſus, ultimo etiam ſupplicio affici poſſe. *l. 6. Cod. hic.* ibique Brunneman. Ratio eſt, quoniam dans operam rei illicitæ tenetur de omni, quod etiam præter ejus intentionem, & voluntatem ſequitur. Carpz. *part. 1. quæſt. 1. n. 29.* Gaill. *lib. 2. obſ. 110. n. 39.*

ACTIO

Seu Judicium Legis Corneliæ de Sicarijs & Veneficis.

SUMMARIUM.

1. Unde hæc Rubrica ſit derivata?
2. Exponitur Homicidium, & ejus atrocitas.
3. Subjiciuntur ejus diviſiones.
4. Utrùm pœnâ homicidij ordinariâ ſit puniendus, qui abſque animo occidendi aliquem peremit?
5. Defenditur affirmativa.
6. Confirmatur ex ſacris Paginis.
7. & 8. Diluuntur rationes contrariæ.
9. An pœnæ ordinariæ ſubjiciendus ſit, qui inflictâ alapâ aliquem occidit?
10. Item an projiciens lapidem?
11. Quali pœnâ afficiatur mandans occidere.
12. Utrùm volens occidere Titium, occidens Mævium teneatur pœnâ ordinariâ?
13. Probatur affirmativa.
14. In pœna irroganda nullus eſt habendus reſpectus perſonarum.
15. 16. & 17. Quid ſit homicidium culpoſum, & quotuplici modo fiat?

18. Quid sit homicidium casuale, & quæ ejus pœna?
19. Quid sit homicidium necessarium, & quæ ejus requisita?
20. Quæ sit causa moderaminis inculpatæ tutelæ?
21. Utrùm occidi possit insultans, si sit excessivè ebrius?
22. In quo consistat modus moderaminis inculpatæ tutelæ?
23. Non requiritur præcisè paritas armorum.
24. Defensio debet fieri in continenti.
25. In excessu moderaminis non mors, sed excessus punitur.
26. Quid sit Latrocinium?
27. Et quomodo committatur?
28. Quæ sint ejus pœnæ?
29. In quibus casibus exasperandæ?
30. Quid sit Assassinium?
31. Describitur ejus atrocitas.
32. Exponitur Cap. 1. de homicidio in Sexto.
33. Pœnis cit. Cap. *etiam tenentur receptatores.*
34. Quæ de Jure Civili sint præstitutæ pœnæ?
35. Quid sit Veneficium, & quæ ejus pœna?
36. Qualiter puniantur, qui expressum fœdus cum Diabolo habent?
37. Quomodo, qui nefarijs utuntur artibus? & ibi varia distinctio.

1 VIgesimum septimum locum occupat Judicium Legis Corneliæ de Sicarijs & Veneficis. Vocabulum *Homicidium* derivatur ab homine cædendo, *Arg. l. 51. ff. ad leg. Aquil.* vindicaturq; per legem Corneliam de Sicarijs, dicebantur autem Sicarij à sica, gladio brevi, recurvo, longitudine acinacem Persicum referente, quo clam homines necabantur. Petrus Gregor. Tholosan. *Synt. lib. 36. cap. 15.* Quæ derivatio Cornelio Syllæ, antiquas leges de homicidio latas repetenti, ansam præbuit hujus Rubricæ Inscriptionis. Joannes Harprecht. *in §. 5. Inst. de pub. Judic.* Theodoric. *in suo Colleg. crim. cap. 7. aphoris. 1.* & alij ab his relati.

2 Homicidium autē definiri potest, quòd sit violenta exanimatio hominis ab homine facta. Harprecht. *in §. 5. Inst. de pub. Judic. n. 6.* Farinac. *in prax. crimin. quæst. 119.* Crimen est atrocissimum, & horribilissimum, intérque cætera delicta gravissimum, adversùs quod inclamando insurgunt Leges: quid horribilius, quàm hominem ad imaginem, & similitudinem DEI factum occidere? quid detestabilius, quàm hominem interficiendo DEI officiū, in cujus manu vita, & mors hominis stat, sibi usurpare? Cœterum de omni Jure pœna mortis naturalis in homicidas est decreta, & quidem de Jure Divino, quicunque effuderit sanguinem humanum, effundetur sanguis ejus, *Genes. cap. 9.* qui percusserit & occiderit hominem,

morte moriatur, *Levit.* 24. omnes, qui gladio feriunt, gladio peribunt. *Apocal. c.* 13. Videatur Tiberius Decian. *cap.* 17. Covar. *var. resol. lib.* 2. *cap.* 9. & alij relati à Carpz. *part.* 1. *quæst.* 1. *n.* 10. De Jure autem positivo tam antiquo *in* §. *item Lex Cornel.* 5. *Inst. de pub. Judic. l.* 9. §. 1. *ff. ad leg. Pompei. de parricid.* quàm novo, *Carolin. pœnal. art.* 137. eadem mortis pœna statuta est.

5 Dividitur autem, saltem ex Sententia in praxi recepta, in Homicidiũ dolosum, culposum, & necessarium. Decian. *lib.* 9. *cap.* 19. Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit.* 49. *à thes.* 53. Perquirenda est primò pœna homicidio doloso, vel voluntario præstituta, quæ in genere tam de Jure antiquo scripto, §. *item lex Cornelia.* 5. *Inst. de pub. Judic.* quàm recepta praxi est gladij. Carolin. pœnal. *art.* 127. Hoc homicidium voluntarium denuò dividitur in simplex, & qualificatum, illud est, quod doloso occidendi animo comittitur, cujus pœna est gladius. *l.* 1. §. 3. *ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* Carol. Nemesis *cit. art.* 137. videatur Classen. ibi; qualificatũ est, quod præter dolosum occidendi animum aliam adhuc improbitatẽ annexam habet, quemadmodũ quod comittitur primò sub prætexu fictæ, & simulatæ amicitiæ, proditoriè, aut secundò ex insidijs, tempus & locũ eligendo, quo alter ob inopinatum invadentis aggressum se tueri nequeat, vel tertio, si perpetratur in consanguineos, quale est parricidium, aut quartò interveniente pecunia, ut assassinium, seu quintò propinato veneno, velut veneficium, sive sextò quod committitur lucri causâ, ut est latrocinium, in quibus propter varium circumstantiarum interventum pœna quoque sæpè solet exasperari, prout inferiùs liquebit.

Ut est extra controversiã pœnæ ordinariæ locum esse, si constat homicidium pravô exanimandi hominis animo esse perpetratum, sic quoque ambiguum est eo casu, quo de animo occidendi non liquet, an in exemplo, si quis alterũ, gladio, ligno, aut alio instrumento ad hominem perimendum sufficiente, animo percutiendi, vel vulnerandi, haud tamẽ occidendi est aggressus, atque mors præter intentionem secuta, pœna ordinaria sit dictanda? Negativam non vanæ suadent rationes. Et prima quidem est, quòd in omnibus delictis principaliter sit consideranda, & inspicienda voluntas delinquentis, non autem rei eventus, juxta assertionem Callistrati *in l.* 14. *ff. hic.* ex qua generalis formatur regula, quòd actus hominis non eventu, sed consilio sint metiendi, maleficia enim voluntas, & propositum delinquendi distinguit, ait Paulus *in l.* 53. *ff. de furt.* præterquam, quòd in delictis tria plerúmq; considerari debeant, animus nimirum, factum, ex quo delictum enascitur, & ipsum delictum, ut sit punibile. Anton. Gomez. *var. resol. tom.* 3. *cap.* 3. *n.* 30. Unde 4

de, si quis intendit tantummodò alterum vulnerare, haud habet animum occidendi, per consequens dolosè crimen non committit, lata quippe culpa in criminalibus dolo non æquivalet. *l. 7. ff. hic.* Quêis adstipulatur doctrina Martiani *in l. 1. §. 3. ff. hic* asserentis: *eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc commisit, absolvi posse.*

5 At his haud adversantibus, Divino, & humano Juri conformior est Sententia arbitrantium, & hoc casu pœnam ordinariam esse decernendam. Ratio fundamentalis est, quoniam dans operam rei illicitæ tenetur de omni eo, quod etiam præter ejus voluntatem sequitur, *l. quoniam multa. Cod. ad leg. Jul. de vi publ.* Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 3. n. 18.* Gail. *lib. 2. obs. 110. n. 38.* Carpz. *part. 1. quæst. 1. n. 28.* præsertim si factum sit proportionatum ad subsecutum delictum, quale est, quando quis alterum gladio, aut simili instrumento aggreditur, eúmque percutit. Exempla vide apud dictum Gomez. & Carpz. *dict. loc. à n. 29. & 30.* Cui assertioni robur addit doctrina Pauli *in l. 38. §. 5. ff. de pœnis* asserentis: *qui abortionis, seu amatorium poculum dant, esto dolo malo non faciant, tamen quia mali exempli res est:* & post intervallum in verb. final. *quòd si mulier aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur:* ex nulla alia ratione, quàm quòd porrigens poculum prævidere potuerit, mortem ex simili potu facilè sequi posse. Adhuc apertiùs loquitur Ulpianus *in l. 15. ff. h. tit. nihil interest*, inquit, *occidat quis, an causam mortis præbeat.* Ex quibus concludit Gomez. *cit. loc.* quòd, si factum seu delictú sit tale, quod ex voluntate, & animo delinquentis variari, & adeò modificari queat, ut facilè limites, & intentionem delinquentis excedere possit, tunc delinquens efficaciter teneatur.

Quin in sacris paginis passim leguntur sequentia formalia: *qui percusserit hominem, & mortuus fuerit, morte moriatur: si quis ferro percusserit, & mortuus fuerit, qui percussit, est reus mortis.* Postremò hæc opinio corroboratur ex Jure novissimo Carolino *art. 148.* ubi, qui ex inopinato aliquem percutiunt, & occidunt, æquiparantur illis, qui doloso, & deliberato animo aliquem perimunt. Videatur Carpz. *part. 1. n. 37. in fine*, & præjudicium *n. 43.* 6

Rationes in adversum allatæ debiliores sunt, quàm ut præcedentem enervent decisionem, prima enim suomet labitur pondere, voluntas enim, & exitus potiùs spectatur, quando quis nullum prorsus habuit delinquendi propositum, & casu vel culpâ mors alterius secuta, quia in hac contingentia absq; dubio intentio, & voluntas actûs veritati est præferenda; secùs in contrario casu, quo quis animum percutiendi habuit, siquidem intentio vulnerare volentis saltem indirectè ad homicidij actum concurrit, ratio est, 7

quia immediatè & per se, non per accidens mors sequitur, duplex igitur occidendi voluntas est, directa & indirecta, prima, quâ quis animo occidendi aliquem aggreditur, secunda, quâ vulnerandi solùm animo, utraque tamen in actum homicidij collimat.

8 Ad secundum oppositum haud diffiteor, etiam ad homicidium vel maximè, quemadmodum in alijs delictis, dolum deposci, sed negatur suppositum, quòd, qui animo pravo aliquem vulnerare præsumit, non versetur in dolo, duplici quippe modo dolosè agit, tum quia improbo animo contra naturalem amicitiam proximum percutit, tum quia gladio vel alio instrumento, quo ictus, vel vulnera lethalia infliguntur, adoritur. Conferatur. Covar. *in Clemen. Furiosus de homicid. part. 2. relect. in princ. n. 2.* Ægidius Bossius *de homicidio n. 71.* Unde liquet responsio ad textum *in l. 1. §. 3. ff. hic.* intelligendus enim est de casu, quo quis tali instrumento percussit, ex quo nec vulnerandi animus præsumendus est, e. g. si quis baculo, clavi, aut alio leviori instrumento verberetur, & casu mors est secuta, in quo vel simili casu haud dubiè cessat pœna ordinaria, quoties enim quis armis vulgaribus, & ad interfectionẽ non proportionatis alterum percutit, animus dolosus in ordine ad infligendam pœnam ordinariam non præsumitur. Jungatur Carpz. *part. 1. quæst. 1. n. 55.*

9 Quibus aliud succedit discutiendum dubium, utrum locus sit pœnæ ordinariæ, si inflictâ alapâ percussus moriatur? Carpz. *dict. part. 1. quæst. 3. à n. 38.* distinguit, an vacua, vel contracta manu, seu pugno sit impacta. Priori casu pœnæ ordinariæ locum non esse, secùs posteriori opinatur, at ego planè subsisto, utrùm huic distinctioni universim sit inhærendum, difficile quippe est, pugno impetentem pœnæ ordinariæ subjici, de cujus doloso, & occidendi animô liquidè non constat, nisi aliæ accedant circumstantiæ, quemadmodum si sæpius circa tempora, aut in loco periculoso verberaverit, quò collimat *l. 1. §. 3. ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* Conferatur Antonius Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 3. n. 17.*

Secundò ambigitur de lapidem 10
projiciente? quo in passu pariter placet distinguere, an in canem, aliúdve animal, aut in alium quemvis obvium projecerit, atque ex projectione quis occisus est, aut verò studioso proposito in hominem? Priori casu de culpa solùm, adeóq; pœnâ extraordinariâ tenetur, posteriori verò majus equidem est dubium, quod tamen temperatur per *l. 6. §. 6. ff. de re milit.* in verb. *Si quis commilitonem vulneravit, siquidem lapide, militiâ rejicitur, si gladiô, caput amittit.* Unde ex hoc textu notabilis inducitur differentia inter homicidium gladio, & lapide commissum, ejúsque ratio est, quoniam lapidem projiciens ideò animum occidendi habere non præ-

præsumitur, quia ex ejus projectione rarò & solùm per accidens cædes sequi solet, ac proinde projiciens haud potest animum occidendi habuisse. Si verò de animo occidendi liquet, aut lapidem non projecit, sed eodem aliquem percussit & occidit, ordinariam legis Corneliæ pœnam neutiquam evitabit

11 Tertiò dubium solet moveri de mandante, & mandatario, quando ex mandato prioris, à posteriore homicidium est commissum. Quoad mandantem non est ambigendum, quin pœnâ ordinariâ sit afficiendus, nec enim refert, sive per se, sive per alium quis proximum suum interimat. *l. 15. §. 1. ff. hic. Cap. qui fuit 72. de R.I. in Sexto.* Prosper Farinac. *in prax. Criminal. quæst. 135.* Julius Clarus *in §. final. quæst. 89.* Carpz. *dict. part. 1. quæst. 3. à n. 1.* Nec refragatur, quòd rei turpis mandatum non subsistat, adeóque obligatio mandantem inter, & mandatarium non nascatur. Ratio est, quoniam mandans non ex mandato, sed ex delicto obstringitur. Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 3. n. 39.* Julius Clarus *in §. final. quæst. 89. n. 4.* nervosè Tiberius Decian. *lib. 9. cap. 32. n. 5.* quem sequitur Carpz. *dict. part. 1. quæst. 3. à n. 11.* Sed tamen requiritur, ut delictum actualiter sit perpetratum, vide latè Decian. *dict. lib. 9. cap. 36.* Salycet. *in l. non minùs Cod. de accusat.* Secundò, ut ante commissum crimen mandatum revocatum non fuerit. Farinac. *dict. quæst. 135. n. 174.* Quinimò tertiò multi eo casu, quo mandatarius fines mandati excessit, pœnæ ordinariæ eximunt mandantem, e. g. si quis mandavit alterũ leviter percutere, mandatarius verò ense, vel alio periculoso instrumento occidit. Julius Clarus *in §. final. quæst. 89. n. 5.* Tiberius Decian. *lib. 9. cap. 36.* quem in terminis sequitur Carpz. *alleg. part. 1. quæst. 3. à n. 18.* & alij allegati à Menoch. *de arbit. Judic. cas. 352.* Secùs foret, si mandans tale quid fieri mandavit, ex quo probabiliter prævidere potuit, aut debuit, facilè mortem secuturam, ut si non vulnus in genere absque instrumento, sed specialiter mandavit, ut certo instrumento vulnus inferatur, in exemplo: mandavit fortè Cajus Cornelio, ut Sempronium ense vulneret, aut bombardam in eum, non quidem occidendi, sed lædendi animô, exoneret, Cornelius verò fines mandati egressus Sempronium omninò occidit, in simili casu pœna homicidii ordinaria locum sibi indubiè vendicat. Videantur relati à Carpz. *part. 1. quæst. 4. n. 21.*

Concertant DD. quoque de eo 12
casu, quo quis volens occidere Paulum, occidit Petrum, utrùm pœna ei sit mitiganda? Affirmativam tuentur non pauci. Damhouderus *in praxi crim. cap. 85. n. 7.* Andreas Tyraquell. *de pœn. temperand. Caus. 14. n. 4.* & plures relati à Carpz. *part. 1. quæst. 5.* Rationem desumunt partim *ex l. 3. §. final. ff. de injur.* in qua volens verberare

servum proprium, si ex errore liberum percussit hominem, non obstringitur actione injuriarum, *l. 4. ff. eod.* partim autem, & quidem præcipuè, cùm taliter occidens non sit in dolo, sed solùm in culpâ, *Arg. l. 11. §. 2. ff. de pœn.* ad instar ejus, qui in actu venationis petiturus feram, hominem occidit.

13 At haud sollidè: Juri enim & ejus rationi est longè conformius, & hunc ordinariæ pœnæ esse subjiciendum. Probatur assertio *ex l. eum qui. §. 3. ff. de injur.* ubi contra eum, qui arbitratus me esse Titium, cùm sim Cajus, mihi injuriam irrogavit, actionem injuriarum non obstante errore movere possum: ergò à pari, qui alium pro alio occidit, tenebitur pœnâ ordinariâ. Ratio fundamentalis est, quòd omnis ille, qui hominem dolosè occidit, pœnam legis Corneliæ de Sicarijs promereatur, sed negari haud potest, eum in dolo esse. Videatur Carol. Molinæus *ad Consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 3. quæst. 1.* Julius Clarus *in §. homicidiū n. 6.* & alij relati à Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæst. 5. n. 4.* Opposita nihil evincunt: quemadmodum enim vel maximè est in dolo, qui occidendi animo, & proposito turget, ita non est paritas inter volentem occidere feram, & occidere hominem: neutiquam enim glande trajecturus feram in dolo esse censetur, siquidem nec animum occidendi habet, nec operam rei illicitæ dat, sicut ille, qui animo, & cupidine hominem determinatum occidendi, ferit.

Porrò in irroganda pœna ordi- 14
naria homicidij nullus est habendus respectus personarum, illustres námque & plebeij, nobiles & ignobiles, divites & pauperes, eâdem coercentur pœnâ. *l. 3. Cod. de Episc. aud.* Carol. pœnal. *art. 137.* Nec refragantur textus *in l. 3. §. 5. ff. ad leg. Corn. de Sicar. & l. 16. ff. eod.* hi enim & alij Juris antiqui textus per Jura posteriora, & præsertim Constitutiones Carolinas antiquati, & abrogati sunt; nec agnoscendum esse discrimen in ordine ad decernendam pœnâ autumo, sive quis præmeditatè, sive repentino iracundiæ æstu aliquem occiderit, cùm leges indifferenter loquantur. Consideretur §. *Item lex Cornelia. ff. de pub. Judic.* Carol. pœnal. *art. 148.* quæ Constitutio in specie de illis, qui deliberato animo cædes perpetrant, loquitur, queîs non resistit *art. 130. cit. Constitut.* disponit enim de latrocinio, à quo ad homicidium præmeditatum argumentandum non est, cum in illo duplex concurrat crimen, homicidium, & rapina. Minùs turbat locus ejusdem Constitutionis *in art. 137.* sermo enim ibi est de particularibus locorum statutis, & receptis consuetudinibus, de quibus in illos, qui ex meditato proposito homicidium perpetrant, pœna rotæ est præstituta. Tametsi igitur pœna homicidij deliberatè perpetrati in genere sit gladius, ob varias tamen & intercurrentes circumstantias, & causas crimen aggravantes

tes pœna exaſperanda eſt, e. g. facta executione ſepultura denegatur, & rotæ imponitur, ut alij à delinquendo per recens ſpectaculum, & cadavera rotis inhærentia abſterreantur.

15 Hactenùs de homicidio doloſo, ſive ex propoſito commiſſo fuit ſermo, dehinc pauca quædam attingenda veniunt de homicidio culpoſo, ſeu absque animo vulnerandi vel occidendi perpetrato. Definiri poteſt, quòd ſit Actus, quo quidem citra dolum, culpâ tamen vel præcedente, vel interveniente homini vita adimitur, de quo videatur Anton. Gomez. *var. reſol. tom. 3. cap. 3. n. 16.* Damhoud. *in praxi crimin. cap. 84. n. 85.* Theodoric. *in ſuo Colleg. crimin. Cap. 7. aphoriſ. 5.* Poteſt autẽ hoc homicidiũ contingere potiſſimùm tribus modis. Primò, ſi quis dat operam rei licitæ, & quidem tempore, & loco conſueto, ſed operando culpâ latâ, vel levi, aut leviſſima aliquem occidit: e. g. ſi murarius absque clamore, aut appoſitis conſuetis ſignis, lapides, vel tegulas è tecto projiciendo aliquem occidit, aut equidem clamavit, ſed eo tempore, quo periculum non ampliùs potuit evitari, aut ſi machina ab Architecto non ſufficienter illigata, vel adſtructa collabitur, & tranſeuntem opprimit, aut quando equiſo, vel agaſo prætereuntes maturè non adhortatur, ut ab equo, ſeu aſino calcitroſo ſibi caveant, ne percutiantur; ſi in his ſimilibusve caſibus quis commiſerit ſocordiam, ex qua homicidium ſequatur, de homicidio culpoſo tenetur.

Secundò committi poteſt homicidium culpoſum ab eo, qui equidem etiam dat operam rei licitæ, ſed tempore, & loco inſolito, quemadmodum ſi ſclopetarius, aut bombardarius die non conſueto, vel loco inſolito, ejaculando ad metam collimaret, & inconſultè aliquem trajiceret, aut tonſor in platea publica, vel alio loco, ubi tonſura fieri non ſolet, aliquem tonderet, & ab alio fortè alliſus alicui gulam abſcinderet, quò collimat *Carol. pœnal. art. 146.* in verb. unterſtunde ſich aber der Balbierer. 16

Tertiò, quando quis dat operam rei illicitæ, non tamen ad cædem collimanti, ex qua haud ominari potuit infortuniũ, velut ſagittâ in ſublime jactâ, aut lapide adversùs turbam projecto, vel ſi putator arboris, propè viam publicam arbores ſuccidens, & tranſeuntes tempeſtivè non præmonens, dejecto ramo trucidat, ſeu denique alio modo per petulantiam quis hominem interimit. *l. 4. §. 1. ff. hic* Theodoric. *cap. 7. aphoriſ. 5.* Carpz. *part. 1. quæſt. 27.* latius Claſſen. *in Carolin. in art. 146.* Cùm igitur in tali, & ſimili caſu per accidens duntaxat, citra dolum, & intentionem mors ſequatur, haud pœna homicidij ordinaria, ſed ob commiſſam petulantiam, & imprudentiam aliqua extraordinaria decernitur. *l. 4. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de Sicar. l. 4. ff. ad leg. Jul. de adult. Carolin. pœnal. art. 146.* Julius Cla- 17

rus *in §. homicidium. verſ. culpa. n. 3.* Carpz. *part. 1. quæſt. 27. n. 10. ſub fine.* ſpecialiùs, & nervosè Claſſen. *in dict. art. 146. n. 4.* Nulla tamen homicidio culpoſo à legibus eſt determinata pœna, ſed pro gradu culpæ admiſſæ aſperari, vel mitigari poteſt. Conferatur Carpz. *part. 1. quæſt. 27. n. 24.* & Claſſen. *in dict. art. 146.*

18 Alia eſt ratio homicidij caſualis, quod dicitur actus, quo citra dolum, vel culpam, caſu quodam inopinato, qui prævideri, & averti non poterat, homini vita adimitur. Farinac. *part. 5. quæſt. 26.* Claſſen. *ad Carolin. pœnal. art. 146.* ubi varia ſubjicit exempla, quibus homicidium caſuale obtingit. Hoc igitur caſu pœna nulla locum habet, quoniam fato potiùs, quàm noxæ eſt imputandum. *l. 1. Cod. ad leg. Cornel. de Sicar.* Carol. pœnal. *art. 146.* in verbo: ſo ein Schütz. Gaill. *lib. 2. obſ. 110. n. 38.* Molina *de Juſt. & Jure tract. 3. diſput. 39. n. 2.* Carpz. *part. 1. quæſt. 27. n. 53.*

19 Ut autem homicidium caſuale ab omni pœna immune eſt, ſic etiam neceſſarium, quod eſt conſummatum ad propriæ vitæ ſuæ tutelam & conſervationem. *l. 5. l. 45. §. 4. ff. ad leg. Aquil. l. 2. l. 3. Cod. ad leg. Cornel. de Sicar.* Carolin. pœnal. *art. 140.* Matthæus Colerus *deciſ. 156. n. 2.* Gaill. *lib. 1. de pace publ. cap. 16 n. 7.* & plures longo ordine relati à Carpz. *part. 1. quæſt. 28. à n. 2.* Ad hoc verò, ut dicatur homicidium neceſſarium, aut ſervatum moderamen inculpatæ tutelæ, tria plerúmque depoſcuntur, cauſa, modus, & tempus. Gaill. *de pac. publ. dict. lib. 1 cap. 16. n. 17.* Claſſen. *ad Carolin. art. 140.* Carpz. *dict. part. 1. quæſt. 28. à n. 20.*

20 Cauſa eſt injuſta offenſio, talis nempe, quæ nullo Jure poteſt excuſari, quemadmodum ſi quis ab alio ſponte laceſſitus, *dict. art. 140.* Carolin. in verb. ſo einer jemand mit tödtliche Waffen. Ubi verò non eſt injuſta offenſio, juſta defenſio eſſe nequit, ſed potiùs vindictæ induit naturam, Maſcard. *de probat. concluſ. 1126. n. 56.* unde ſi aggreſſio, ſeu inſultatio ab occidente fuerit probata, aggreſſorem ad ſui defenſionem peremiſſe præſumitur. Farinac. *quæſt. 125. n. 428.* Jungatur Carolin. pœnal. *art. 142.* in verb. daß der verklagte Todtſchläger ſeine beriembte Nothwehr halb außfündig machet / von dem Entleibten mit einer tödtlichen Wehr erſtlich angefochten worden wäre / ſo iſt die Nothwehr durch den verklagten Todtſchläger ausgeführt. ꝛc. Aliter eſt ſentiendum de eo homicida, qui ab initio provocavit, atque rixæ author extitit, ex qua exinde in diſcrimen vitæ deductus eſt, in ſimili caſu haud poteſt confugere ad beneficium neceſſariæ defenſionis, lex quippe eum non præſumit fuiſſe in diſcrimine vitæ, qui ſuâ culpâ in illud ſe præcipitavit. Theodoric. *cap. 11. aphoriſ. 5. n. 13.* Claſſen. *ad Carolin. art. 140.*

21 Quæ de justa defensione formata assertio, eo quoque casu sortitur effectum, quo insultans est excessivè ebrius, vel quoq; furiosus, atque etiam animus, & propositũ occidendi desideratur, etsi quippe ex parte insultantis dolus, haud tamẽ ex parte insultati cessat periculum vitæ, natura enim quemque sibi commendat, non ex injustitia, vel peccato alterius, unde ex qualitate lædentis non suspenditur Jus defensionis, sed à naturali inclinatione se in statu suo conservandi. Conferatur Hugo Grotius *de Jure belli & pac. lib. 2. cap. 1. n. 3.* ibique Bechman. Classen. *ad dict. art. 140. Carolin. pœnal.*

22 Secundum requisitum est Modus, qui solidatur in paritate & proportione defensionis, videlicet, ut propulsatio offensionis & imminentis periculi sit proportionata, atque non sit atrocior offensione. *Arg. l. 3. Cod. ad leg. Cornel. de Sicar. Carol. dict. art. 140.* Damhouder. *in prax. criminal. cap. 76.* Gaill. *lib. 2. obs. 110. n. 13.* Unde aggressio absque armis facta non continuò cum armis repellenda, sed potiùs armis infestatus pariter armis se tueri potest, nisi fortè insultans viribus, fortitudine, atque agilitate longè emineret, ob idque vitæ periculum alteri impenderet, tunc enim invasus omni meliori, quo potest, modo se defendere, vitámque suam conservare potest. *Clement. unic. de homicid.* Covar. *ibi. part. 3. §. unic.*

Haud tamen assentiri lubet Sententiæ asserentium, ad moderamen inculpatæ tutelæ deposci æqualitatem armorum, adeò ut baculo, vel alio instrumento minùs periculoso insultatus, gladio seu bombarda ideò insultantem repellere non possit, quoniam inter baculum & gladium nulla est æqualitas. Ratio est partim, quia hæc sententia nec Jure Naturæ, nec Civili, quod posterius sæpè prius determinat, minùs Gentium consensu nititur: ut enim Jus Naturæ generaliter propulsatioı em vis injustæ concedit, *l. 3. ff. de Just. & Jur.* sic & Jus Civile, *l. 2. Cod. ad leg. Cornel. de Sicar.* ubi nulla paritatis armorum fit mentio, & Jus Gentium, de quo contra injustam aggressoris violentiam modo quovis suam salutem tueri, & se in statu suo conservare licet; Molin. *de Just. & Jur. tom. 4. tract. 3. disput. 11. n. 5.* Brunnemannus *in l. 3. ff. de Just. & Jur.* Struv. *de vindict. privat. cap. 4. aphoris. 7.* & in terminis Classen. *in dict. art. 140.* partim quia paritas armorum adversatur naturæ defensionis, fieri quippe debet defensio in continenti, est autem impossibile, ut defensor in continenti sibi æqualitatem armorum adstruat; præserim quoniam aggressor plerúmque ex insidijs, & proposito vim parat, & in omnem eventum instructus est, è diversò is, qui impugnatur, plerúmque imparatus, & terrore inopinato perculsus, quò se vertat, ignorat, quinimò in potestate aggressoris foret, 23

ret, quêis armis se deberet protegere invasus, aut, si Italus vel Hispanus pugione aliquem aggrederetur, impugnatus ensem, aliávè, quibus accinctus est, arma abjicere compelleretur, eámque ob rem, quotiescunque quis periculum mortis evadere nequit, toties eò, quo potest, modò licet se defendere. Conferatur Theodoric. *in Colleg. criminal. cap. 11. aphoris. 5.* Brunneman. *in l. 3. ff. de Just. & Jur.* & nervosè Classenius *in cit. art. 140.*

24 Tertia pars moderaminis inculpatæ tutelæ est tempus, defensio enim fieri debet in continenti, durante nimirum congressu, & concertatione, hinc si pugnâ invasus ad alios jam sit digressus actus, & exinde post intervallum invasorem percutiat, potiùs in vindictæ, quàm defensionis naturam transit, ratio est, quia submotâ concertatione cessat periculum, adeóque defensionis ratio, argumento à contrario sensu *l. 4. §. 4. ff. ad leg. Aquil. & cit. art. 140.* Videatur Prosper. Farinac. *quæst. 125. n. 338.* Nicolaus Boërius *decis. 168.* Si igitur invasus in defensione hæc tria observat, ab omni tam extraordinaria, quàm ordinariâ pœna est absolvendus. Damhoud. *dict. cap. 76. n. 2.* Gaill. *lib. 2. obs. 110. n. 9.* Carolin. pœnal. *art. 139.*

25 Quòdsi verò insultatus limites legitimæ defensionis, seu moderaminis inculpatæ tutelæ excesserit, non quidem ob homicidium, sed excessum mulctandus est, ob præsens enim periculum mortis, & æstuantem justi doloris impetum verbera non dantur ad mensuram, nec defendens habet stateram, ut non aliter offendat, quàm velit. Berlich. *part. 4. Conclus. 13. n. 70.* Damhoud. *dict. cap. 76.* Fachin. *lib. 1. Controvers. cap. 32.* Jungatur Carolin. pœnal. *art. 142.*

Limites homicidij dolosi longè 26
excedit Latrocinium, quod est homicidium cum spolio, & rapinâ commissum, ac non solùm in vijs publicis, sed etiam ædibus privatis perpetratur, quando hominibus per vim res suæ cum vita eripiuntur, modò fiat lucri causâ. Tiberius Decian. *lib. 9. cap. 19.* Classen. *ad art. 137. Carolin.* & plures relati à Carpz. *part. 1. quæst. 22. n. 3.* Si autem in vijs publicis iter facientes interficiantur, in specie prædones seu grassatores appellantur juxta ea, quæ prolixè deducit cit. Carpz. *eod. n. 4.* Quemadmodum autem ad hoc, ut dicatur latrocinium, non refert, sive lucrum illud consistat in pecunijs, seu alijs rebus, an magna, vel minima quantitate, ratio est, quia hoc crimen sola spe lucri enorme atque atrox redditur, quinimò, etsi nihil de lucro quis participet, tamen crimen perpetrâsse censetur, sufficit enim esse consummatum, Carpz. *dict. quæst. 22. à n. 52.* ita non solùm ille, qui manu propria occidit, sed & ille, qui opem vel auxilium e. g. agendo excubias, subministrat, latrocinium committit. Julius Clarus *in §. final. quæst. 90.* Farinac.

part.

part. 5. oper. criminal. quæst. 131. Carpz. *dict. quæst. à n. 30.*

27 In specie autem, qui amicitiam simulantes, amicè cohabitantes in somno perimunt, & res eorum spoliant, in horum numerum haud dubiè quoque evocantur. Item Vespillones, qui pestis tempore lue infectos in domibus eorum occidunt, eo fine, ut eorum bona diripere queant. Pariter qui alterum occidit ob lucrum præteritum, e. g. si quis pertimescens, ne furtum antecedenter commissum à quodam manifestetur, & ne prodatur, illum occidit. Multò magis, qui maritum interficit, ut cum relicta vidua exinde possit contrahere matrimonium, etsi enim uxor in bonis esse nequeat, nihilominùs occidens sui lucri & emolumenti causâ crimen perpetrat, nec enim solam conjugem, sed & ejus bona per matrimonium captat; graviùs ergò haud dubiè delinquit, qui tali abominabili modo matrimonium dissolvit, quàm qui bonis alterius inhiat.

28 Porrò pœna latrocinij ordinaria alia fuit de Jure communi, alia de novissimo Carolino. Priori in locis, ubi grassati sunt, furcâ figendos esse existimat Callistratus *in l. Capitalium, 28. §. 15. ff. de pœnis*, ex subjecta ratione, ut & conspectu deterreantur alij ab his facinoribus, & solatio sit cognatis & affinibus peremptorum eodem loco pœna reddita, ubi latrones homicidia patrârunt. Posteriori est pœna rotæ. Carolin. pœnal. *art. 130.* in verb. der soll / einen fürgesetzten Mörder gleich / mit dem Rad und Todt gestraffet werden.

Non uno tamen exasperanda est 29 capite. Primò quidem, si crimen hoc sit perpetratum in Personis Illustribus, aut dignitate quadam fulgentibus, aut in personis sanguine, seu alia singulari necessitudine conjunctis, tales latrones, antequam rotæ subjiciantur, aut trahæ illigati ad locum supplicij raptantur, aut forcipibus candentibus ustulantur, per verba expressa in Carolin. *art. 137.* so der an hohen und trefflichen Personen / des Thäters aignen Herren / zwischen Eheleuthen / oder &c. Secundò, propter reiterationem hujus atrocitatis, si latro plura distinctis vicibus in plures personas admisit latrocinia, etsi ratione unius tantummodò spolij facta forent, cùm non ex quantitate lucri, sed ex numero personarum crimen existimetur. Videatur Carpz. *part. 1. quæst. 23. n. 12.* Et his & alijs similibus, enormitatem criminis augentibus casibus, pœna quoque augenda est, ut non statim collum latronis contundatur, & conteratur, sed priùs rotâ brachia & crura frangantur, & his demùm contritis collum contundatur, von: und auff: rädern / ut per hoc dolores & cruciatus augeantur. Videatur Carpz. *part. 1. quæst. 23. per tot.* Classen. *in art. 137.*

Altera species homicidij qualificati est Assassinium, quod vocabulum barbarum, & Romanis incogni- 30

tum, orginem est sortitum à Barbaris Assassinis, Asiæ quondam incolis, colluvie perfidorum hominum in Regione Essinorum decem oppida incolentium, & Christianos, quos summo persequebantur odio, ad imperium Senioris, quem sibi præficiebant, occidentium, Duarenus *lib. 2. disput. anniverſ. cap. 12.* Decian. *lib. 9. cap. 30.* Lauterbach. *in disput. de assass. thes. 2.* quorum mores cùm & Christiani conducendo bannitos ad occidendum imitarentur, Assassini quoque dicti sunt. Myler. *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 57.* Describi potest, quòd sit crimen publicum, quo homicidium cum oblatione mercedis, seu præmij mandatur, & ab altero suscipitur. Mandans, seu conducens Assassinator, suscipiens autem assassinus appellari solet, tametsi uterque Assassinus dici possit. Decian. *dict. loc. n. 21.* Carpz. *part. 1. quæst. 19.* Dividitur in verum, & interpretatum, prius est, quando infidelis oblato, vel promisso pretio operam suam ad occidendum pollicetur, posterius, quando Christianus abominando se offert facto. Decian. *dict. cap. 3. n. 4.* Lauterbach. *in cit. disput. thes. 10.*

31 Quamvis autem Assassinium sit homicidij species, est tamen longè crudelius, & interventu pecuniæ augetur atrocitas. Salycet. *in l. 5. n. 36. Cod. de accusat.* Gomez. *tom. 3. cap. 3. n. 10.* Decian. *allegat. cap. 30. n. 4.* Forma hujus delicti consistit in conventione de homine Christiano interficiendo, quæ duab⁹ absolvitur partibus. Prima est conventio de occidendo quæ si solummodo sit de vulnerando, aut percutiendo, etsi homicidium sequatur, Assassinium dici nequit. Decian. *dict. loc. n. 41.* Secundò deposcitur interventus pecuniæ, seu merces in quacunque re consistens. *Cap. pro human. 1. de homicid. in Sexto.* Non refert autem, utrùm merces magni, vel parvi sit pretij, in pecunia numerata, aut alia re consistat, vel denique actualiter sit numerata, vel solùm promissa, sicut prolixè exponit Lauterbach. *dict. disput. à thes. 26.*

32 Pœnam huic crimini neque Jus Civile, cui hoc crimen erat incognitum, nec Carolina Constitutio certam præstituit; de Jure Canonico *in cit. cap. 1.* Innocentius Quartus sancivit, ut crudelissimi capitum licitatores in toto orbe Christiano sint diffidati, & à quocunque, & ubicunque impunè possint occidi, ne alijs dehinc nocere queant. Decian. *lib. 9. cap. 30. n. 7.* Non verò solùm eorum personæ, sed & bona diffidantur, ut cuivis occupanti attribuantur; jungantur relati à Deciano *dict. loc. n. 32.* præterea *in cit. Cap.* Assassini non solùm excommunicantur, sed & Clerici omni dignitate, officio, & privilegio ipso adeò privantur, ut à Judice etiam Laico absque prævia degradatione capi possint, quas pœnas incurrunt ipso Jure, nec alia, quàm de-

 cla-

claratoria ſententia depoſcitur allegato *cap. pro humani.* in verb. *nullatenus alia excommunicationis, ſeu diffidationis adversùs eum ſententia requiratur.* Quin in ordine ad incurrendas has pœnas non refert, utrùm homicidium ſit ſecutum, vel non. Conſulantur relati apud Lauterbach. *in diſput. de aſſaſin. theſ.* 34. Myllerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. theſ.* 57.

33 Recenſitas pœnas Summus Pontifex *in cit. cap.* protendit quoque ad Aſſaſſinatorũ Receptatores, absque diſcrimine, utrùm ſint ſimplices vel criminis conſocii, omnes enim ob criminis atrocitatem cum Aſſaſinatoribus æqualiter puniuntur, niſi fortè cognatos, aut alias conjunctas occultent perſonas, tunc enim indubiè leniùs plectuntur. Menoch *de arbit. Judic. lib.* 2. *Caſ. 348. n. 7.* Ut Receptatores, ſic à fortiori auxiliatores, qui ad delictum perpetrandum opem ſuppeditant, pœnis *in Cap. 1. de homicidio in Sexto* præſtitutis ſubjiciuntur; jungatur Lauterbach. *dict. diſput. theſ.* 36.

34 In foro autem Civili variæ pro diverſis locorum ſtatutis, & conſuetudinibus decernuntur pœnæ, eámque ob rem haud facile eſt quid certi determinare. In pluribus tamen locis ultra pœnam gladij proceditur adversùs hujus criminis reum, ut nimirùm priùs pertrahatur ad locum Judicij caudæ equi adſtrictus, vel rotâ tundatur, aut etiam in partes ſcindatur, Julius Clarus *in pract. crim.* §. *aſſaſſinium. n. 4.* Covar. *var. reſol. lib. 2. cap. 20. n. 19.* Carpz. *part. 1. quæſt. 19. n. 13.* Lauterbach. *in allegat. diſput. theſ.* 37. ut plurimũ tamẽ eſt pœna rotæ. Ratio eſt, quoniam hoc crimẽ ad inſtar latrocinij ſub ſpe lucri committitur. Addatur Claſſenius *ad Carol. art.* 137. Eo caſu Authores dubitare video, quo mors non eſt ſecuta, an pœna ordinaria ſibi vendicet locum. Decian. *l. 9. cap. 30. à n. 38.* & alij relati apud Lauterbach. *cit. loc.* autumant, ſi deventum ad aliquem actum ultra tractatum, & homicidio proximum, pœnam ordinariam dictandam, ſecùs tantùm extraordinariam. Quandoquidem autem de conſuetudine, & recepta praxi in nullo crimine etiam atrociſſimo conatus pœnâ ordinariâ coërceri ſolet, niſi ipſa Lex conatum puniat, juxta Regulas, quas exponit, & probat Carpz. *part. 1. quæſt. 17. n. 13.* cui ſubſcribit Claſſen. *ad Carolin. art. 122. art. 130. & art. 178.* nec in hoc crimine pœnâ ordinariâ conatum vindicandum arbitror.

Antecedentibus homicidij qualificati ſpeciebus accenſetur Veneficium, *l. 3. ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* quod verbum hîc ſumitur non generaliter, pro quovis crimine clandeſtino, per nefarias artes, e. g. per ſortilegium, incantationem perpetrato, ſed ſpecialiter pro homicidio, veneno doloſè commiſſo. *dict. l. 3.* Ratio autem, cur dicatur homicidi- 35

um qualificatum, est, cùm sit proditorium, plus enim est venenô aliquem occidere, quàm gladio, *l. 1. Cod. de malefi. & mathemat.* longè quippe periculosiores sunt insidiæ, quæ veneno, quàm quæ gladio struuntur, quia posteriores faciliùs deteguntur, quàm priores. Gomez. *tom. 3. cap. 3. n. 7.* Videatur proliziùs deducens Decianus *lib. 9. cap. 22.* Carpz. *part. 1. quæst. 20.* Unde venena simpliciter mala, quæ alteri materiæ adjecta, vel commixta nullam præstant utilitatem, sed simpliciter nocent, absolutè sunt prohibita; & tametsi simpliciter non sit prohibitum vendere, vel comparare venena, prohibitum tamen est temerario ausu omnibus absque delectu, & discretione vendere; taliter enim vendentes pœnâ arbitraria coërcendi veniunt, ut docent relati à Carpz. *part. 1. quæst. 20. n. 9.* eam ob rem Pharmacopœi à Magistratu Juramento obstringi deberent. Primò, ne cuivis vendatur venenum. Secundò ut rationē, & distinctionem observent. Tertiò, adscribant nomen ejus, cui vendant. Quartò diem & horam, qua venditur, simul ac speciem, & quantitatem veneni subnotent. Classen. *in art. 137. Carol.* Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 58.* Porrò pœna homicidij veneno perpetrati hodie est rota in Masculo, in fœmina suffocatio, vel alia pœnâ homicidij ordinariâ asperior. *Art. 130. Carolin. pœnal.* ibique Classen. Carpz. *dict. part. 1. quæst. 20. n. 20.* Struv. *cit. loc.*

36 Qui susurris, incantationibus, aut funestis artibus aliquem occidit, non minùs, ac si veneno occidisset, veneficium commisisse dicitur; *§. 5. Inst. de pub. Judic. l. 13. ff. hic. l. 6. Cod. de malefic. & mathemat.* generaliùs verò veneficium vocatur Maleficium, Magia, *l. 5. l. 7. Cod. de malefic. & mathemat.* estq; crimen, quo quis nefarijs artibus, Diabolo cooperante, hominibus & in corpore, & bonis nocet: estque duplex, aut enim expressum pactū cum Diabolo est initum, quo quis Deum abnegavit, & Diabolo se mancipavit, fœdus Baptismi rescidit, &, quod quandoque fieri solet, chirographum sanguine proprio subscriptum Diabolo extradidit; pœna horū, qui expressum fœdus cum Diabolo instaurârunt, modò de eo legitimè constet, est ignis. Carolin. pœnal. *art. 109.* ibi Classen. Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæst. 49. n. 23.* Theodoric. *in suo Collegio Criminal. cap. 7. aphoris. 6. propè finem.*

37 Aut est pactum tacitum, quando absq; expressè inito fœdere cum Diabolo, auxilio, & ope ejus quis utitur. Idq; potest fieri triplici potissimùm modo; aut enim quis abutitur artibus magicis, quêis ab ipso Diabolo vel alio est imbutus, ijsdemque alijs, vel in corpore, vel patrimonio nocet: & his solet decerni pœna gladij. Berlich. *part. 4. conclus. 5. n. 43.* Carpz. *part. 1. quæst. 50.* Classen. *ad art. 109. Carolin. pœnal.* Quales autem sint harum abominandarum artium species, & quàm di-

diverſo modo perpetrentur, latè, & ſpecioſè deducit Struv. *in ſuis diſſert. criminal. diſſert. 7. theſ. 14.* Aut ſecundò his artibus equidem nemini detrimentum affert, arcana tamen in ſpeculo, aut in cryſtallo explorare conatur, Diabolum interrogans de rebus amiſſis, aut ſanguine aquæ admixto, Dæmoneque invocato, ex inſpectione cadaverũ futura prædicere ſatagit. His de Jure Carolino determinata eſt præſtituta pœna, & probabiliùs non ſolùm in Saxonia, ubi capitalis pœna eſt deciſa, ſed etiam extra eam eſt pœna mortis. Aut tertiò quis ſolùm adhibet illicita & ſuperſtitioſa remedia, vel verba certa, queis ſæpiſſimè ſanctiſſimo DEI nomine abutitur, & his plerúmque dictatur pœna extraordinaria. Videantur relati à Struvio. *cit. loc.*

ACTIO

Seu Judicium Legis Pompeiæ de Parricidis.

SUMMARIUM.

1. Etſi antiquitùs nulla lex de hoc crimine fuerit præſtituta, non tamen erat impunitum.
2. Deſcribitur pœna hujus delicti.
3. In liberis non eſt interponendum diſcrimen.
4. Quâ pœnâ afficiantur, qui Vitricum vel Novercam, aut ſimiles perſonas occidunt?
5. Qualis pœna occidentibus deſcendentes dictetur?
6. Quæ ſit pœna mulierum ſuos filios occidentium?
7. Circa expoſitionem infantium varij ſunt diſtinguendi caſus.
8. Quæ pœna uxoricidio & mariticidio ſit ſtatuta?
9. Qualis fratricidio & ſororicidio?

1 Vigeſimô octavô locô ſuccedit Judicium Legis Pompeiæ de Parricidis. Etſi Veteribus immanitas hujus criminis incredibilis, & extra nefandiſſimam audaciam repoſita videretur, atque hæc lex primum à Cneio Pompeio in tertio Conſulatu lata ſit, teſte Gyphanio *in §. 6. Inſt. de pub. Judic.* Harprecht. *eod. n. 1.* haud tamen credendum eſt, crimen hoc fuiſſe impunitum. Vocatur autem parricidium à cæde in parentes perpetrata, & in genere nihil eſt aliud, quàm homicidium in parentes utriusque ſexûs, fratrem, ſororem, patruelem, matruelem, & in cæteras perſonas *in L. 1. ff. hic* expreſsè indigitatas commiſſum.

2 Variatur tamen hujus delicti pœna in varijs perſonis, & inprimis, ſi deſcendens doloſè interficiat aſcendentes,

dentes, matrem, patrem, aviam, vel avum, aut ulterioris gradûs in infinitum, pœna eſt ſtatuta *in L. 9. ff. hic*, ut parricida virgis ſanguineis verberatus culeo inſuatur cum cane, gallo gallinaceo, viperâ & ſimiâ, atque in mare, aut proximum flumen projiciatur, quòd ſi verò mare, aut flumen non ſit vicinum, beſtijs dilaniandus objiciatur. *L. 9. ff. eod.* Ratio redditur *in L. 1. Cod. de his, qui parent.* his formalibus: *ut omnium elementorum uſu vivus carere incipiat, & cælum ſuperſtiti, & terra mortuo auferatur.* Rationes verò, cur hæ determinatæ beſtiæ, & non aliæ parricidam ad mortem debeant comitari, deducit poſt Tiberium Decianum *lib. 9. cap. 16. à n. 11.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæſt. 8. n. 8.*

3 In Liberis non eſt interponendum diſcrimen, ſive ſint primi ſeu etiam ulterioris gradûs, legitimi & naturales ſimul, vel naturales ſolùm, aut denique ſpurij, & damnato coitu prognati. Ratio eſt, quia omnes ſecundum ſanguinem & naturam liberi ſunt, eandémque reverentiam genitoribus debent, ac legitimi & naturales ſimul. *L. 6. ff. de in Jus vocand.* Julius Clarus *lib. 5. Sent. §. parricidium n. 2.* Mylerus *in not. ad Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. theſ. 68.* Carpz. *dict. quæſt. 8. n. 28.*

4 Quo in paſſu ambigitur de his, qui non quidem naturales, ſed eos, qui parentum loco habentur, quales ſunt Vitricus, Noverca, Socer, Socrus &c. occidunt, an eandem incurrant pœnam? Affirmativam protegit Farinac. *prax. criminal. quæſt. 120.* Berlich. *part. 4. Concluſ. 6. à n. 50.* quo etiam inclinat Decianus *lib. 9. cap. 8. n. 4.* Rationes eorum exhibet Carpz. *dict. quæſt. 8. à n. 30.* At mihi cum eodem Carpz. diſplicet aſſertio, quoniam in cauſis criminalibus ſemper eſt mitior amplectenda ſententia, nec facienda eſt extenſio adversùs verborum proprietatem, *in L. 9. §. 1. ff. hic* verò pœnæ culei ſolùm ſubjiciuntur illi, qui matrem, & patrem, aviam, aut avum interfecerunt, qui verò cæteras perſonas conjunctas, pœnam gladij incurrunt. Secundò probatur ex verbis initialibus *L. unic. Cod. de his, qui parent.* ubi Conſtantinus Imperator ait: *omninò affectionis ejus qui nuncupatione parricidij continetur, fata properaverit:* ſed ſub nuncupatione parricidij Vitricus, & Noverca propriè non continentur, quoniam non ſunt parentes. Nec obſtat textus *in L. 1. ff. hic*, ex illo enim plus non evincitur, quàm quòd occidens Vitricum, aut ſimilem perſonam committat parricidium, non autem quòd ei decernenda ſit pœna culei, cùm non omnibus parricidijs indiſtinctè ſit præſtituta pœna culei, ſed & gladij. *L. 9. §. 1. ff. hic* Hoc genus pœnæ equidem paſſim videtur eſſe abolitum, & ejus loco diſſectio in quatuor partes ſubrogata, non tamen hoc univerſim eſt aſſerendum.

Quem-

5 Quemadmodum descendentes dolosè perimendo suos parentes, seu ascendentes parricidiū perpetrant, ita vicissim, si ascendentes pravo proposito interficiunt descendentes, *L. 1. in verb. final. ff. hic*, etsi enim antiquitùs, ad instar Dominorum in servos, parentes in filios Jus vitæ, & necis sortirentur, *L. fin. Cod. de patr. potest.* cùm tamen patria potestas magis in pietate, quàm atrocitate consistere debeat, *L. Divus 5. ff. hic*, sublatum est Jus antiquum, *L. inauditum ff. ad leg. Cornel. de Sicar. L. unic. Cod. de emend. propinq.* & parentes occisores filiorum eidem subijciuntur pœnæ, cui filij interfectores parentum. *L. unic. Cod. de his, qui parent. vel lib.* Julius Clarus *Sent. lib. 5. §. parricidium n. 1.* Tiberius Decian. *lib. 9. cap. 8. n. 3.* Berlich. *part. 4. conclus. 6. n. 72.*

6 Nec alia pœna matribus liberos occidentibus de Jure communi est decernenda; *L. unic. Cod. de his, qui parent. vel liber.* de Jure verò Carolino novissimo *art. 131.* alia est præstituta pœna: & in specie tales mulieres vivæ in terram defodiendæ, & acutissimo stipite transfigendæ, in illis saltem locis, ubi crimen hoc frequentiùs committi solet. Si autem desperatio pertimescenda, & in loco seu districtu illo, in quo condemnans merum obtinet imperium, commoditas obtingit, suffocandæ, vel in aquis submergendæ sunt. Hæc tamen pœna haud ubique locorum in Sacro Romano Imperio est recepta, sed pœna gladij, aut pro circumstantijs aggravantibus pro arbitrio Judicis exasperanda. *art. 131.* in verbis: alles nach Rath der Rechts-Verständigen.

Alia est inserenda distinctio circa infantium expositionem, & uberioris intellectûs causa aliqui secernendi casus. Primus igitur est, quo infans est expositus in locum solitarium, & ab hominum frequentiâ & conspectu remotum, & quidem eô animô, ut inediâ pereat. Hoc casu si mors sit subsecuta, pœnæ legis Corneliæ locus est, siquidem non interest, utrùm quis occidat, aut proximam mortis ansam præbeat. *L. nihil ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* Carolin. pœnal. *art. 132.* Wesenbec. *ff. ad leg. Cornel. de Sicar. n. 14.* Carpz. *part. 1. quæst. 10. n. 6. & 7.* & alij relati à Classenio *in dict. art.* Alter casus est, quo infans absque occidendi proposito, nec in locum solitarium, sed talem, ubi frequentia hominum solet deambulare, e. g. propè ædes, in platea, aut in limine Ecclesiæ, expositus fuit, & si reperiatur, ac educetur, exponens pœnâ relegationis afficiendus est. *Arg. Carol. pœnal. dict. art. 132.* Wesenbec. *cit. loc.* Rationes subijcit Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæst. 10. n. 17.* Tertius, quo taliter expositus non fuit inventus, sed frigore, vel alio modo peremptus est, in hoc casu fustigatio cum perpetua relegatione est dictanda, *cit. art. 132.* in verb. nach Gelegenheit deß gefährlichen Hinlegens an Leib/ oder 7

oder Leben: Carpz. *cit. loc. n. 11.* quamvis enim exponens dederit operam rei illicitæ, adeóque de omni ſubſecuto damno teneri videatur, hæc tamen aſſertio tantummodo eo caſu locum ſibi vendicat, quo eventus ex opere illicito immediatè, & per ſe ex neceſſitate conſequentiæ ſequitur, non verò, ſi ſolùm per accidens. Covar. *in Clement. de homicid. part. 2. §. 1.* Boſſius *de homicid. n. 75.* Qualis autem maneat pœna abigentes partum, ſeu procurantes abortum, ſupra fuit annotatum.

8 Pœnam ordinariam parricidij mariticidio, ac uxoricidio ſtatutam eſſe plurimi tuentur, quos inter eſt Damhoud. *in prax. criminal. cap. 87. n. 1.* Gomez. *var. reſol. tom. 3. cap. 3. n. 3.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 1. quæſt. 12. n. 10.* Eorum ratio eſt, quòd major ſit affectio conjugalis, quàm parentum in liberos, & viciſſim, una quippe finguntur eſſe caro, *Geneſ. 2. Matth. 19.* ſociique Divini & humani Juris eſſe. *L. adversùs 4. Cod. de crimin. expilat. hæredit.* in verb. *quæ ſocia rei humanæ atque divinæ domûs ſuſcipitur.* At & Juri, & receptæ praxi conformior eſt ſententia aſſerentium, pœnam uxoricidij, vel mariticidij eſſe gladij, ita tamen, ut, antequam reus perducatur ad locum ſupplicij, candentibus forcipibus aduratur, aut ſaltem decollatus rotæ innodetur. Carol. pœnal. *art. 137.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. theſ. 68.* Claſſen *cit. art.* jungantur præjudicia apud Theodoric. *in Colleg. Criminal. cap. 7. aphoriſ. ult. litt. H.* addantur relati à Petro Mylero *in not. ad Struv. cit. loc.* Quæ tamen pœna ad ſponſos de futuro porrigenda neutiquam eſt, ex ratione, quoniam, ut iſti conjuges non ſunt, ſic in hac materia pœnali extenſio non eſt facienda, Carpz. *part. 1. quæſt. 12. n. 42.* ſed decernitur pœna rotæ.

Secundò mitigatur pœna parricidij in commiſſo fratricidio, ſeu ſororicidio, aut ſi inter ulterioris gradûs Conſanguineos cædes perpetretur, juxta opinionem Modeſtini *in L. 9. §. 1. ff. hic* aſſerentis: *qui alias perſonas occidunt, præter patrem, & matrem, avum, aut aviam, capitis pœnâ plectentur, aut ultimo ſupplicio mactantur.* Ex quibus verbis Doctores communiter concludunt, in his criminibus pœnam gladij ſufficere. Decian. *lib. 9. cap. 5. n. 7.* Quandoquidem autem in adductis verbis genus ſupplicij non determinatur, atque indubiè graviùs delinquit, qui fratrē, quàm qui extraneum occidit, media mihi accipienda videtur eſſe ſententia, atq; ſtatuendū, occidentes ſuos fratres, & alios propinquos trahæ impoſitos ad locū ſupplicij trahendos vel ignitis forcipibus uſtulandos, aut eorum amputatum caput rotæ eſſe imponendum, quo etiam collimat Carolin. pœnal. *art. 137.* Farinac. *quæſt. 120. n. 13.* Conferantur præjudicia apud Petrum Theodoric. *Cap. 7. aphoris. 8.* Claſſen- *in dict. art. 137.* 9

AC-

ACTIO

Seu Judicium Legis Corneliæ de falsis.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit falsum?*
2. *Quid requiratur ad falsum?*
3. *Ultimum requisitum.*
4. *Committitur hoc crimen in persona, & re.*
5. *Qualiter hoc crimen perpetretur in re?*
6. *Quis incidat in SCtum Libonianum?*
7. *Pœna à SCto Liboniano definita?*
8. *Quomodo hæc pœna declinetur?*
9. *Committitur hoc crimen abusu.*
10. *Quando verbis?*
11. *Qualiter factis?*
12. *Committitur Consensu.*
13. *& 14. Pœna falsi licet sit arbitraria, potest tamen deveniri ad pœnam mortis.*

1 VIgesimum nonum est Judicium Legis Corneliæ de falsis. Falsum à fallere sic nuncupatum in sensu Juridico nil est aliud, quàm dolosa veritatis immutatio, seu eversio in alterius præjudiciũ facta. Mynsinger. *Inst. de publ. judic. in §. Item lex Cornelia de fals. n. 15.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 69.* Theodoric. *in Colleg. Crim. cap. 8. aphoris. 1.* & alij relati à Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 93. à n. 5.*

2 Unde passim ad Crimen Falsi tria deposcunt DD. Classen. *in Carolin. art. 112.* Carpz. *cit. loc.* Primò dolum, qui est causa proxima falsi, *l. 16. ff. de test. l. eos 27. ff. hic*, absque dolo enim nullum committitur falsum. *l. 23. ff. hic.* Vide relatos à Theodoric. *dict. cap. 8. aphoris. 1. n. 2.* & Carpz. *dict. loc. n. 6.* Quam ob rem si quis ad relationem alterius quid recenset, quod non est verum, mendax equidem est, haud tamen falsarius, quia dolosè non refert; neque sufficit præsumptus, sed exigitur dolus ex proposito, *Arg. l. 15. §. 1. & 3. ff. hic.* Menoch. *Consil. 221. n. 15.* Theodoric. *cit. loc. n. 3.* in dubio quippe potiùs error, quàm dolus præsumitur. *l. 6. Cod. de his, qui sibi adscrib. in testam.* Ratio redditur in *Canon. homines 3. caus. 22. quæst. 22.* in verb. final. *ream linguam non facit, nisi rea mens.* Vide prolixe deducentem Theodoricum *allegat. loc. à n. 4.* Alterum requisitum est veritatis eversio seu immutatio, *l. 23. ff. hic*, quare si quis asserat, rationes majorem, seu minorem continere quantitatem, quàm revera comprehendunt, mendaciũ quidem dicit, sed in crimen falsi non incidit, siquidem veritatis nulla fit immutatio, cùm veritas deducto calculo appareat, secùs si ex ipsa cal-

culatione quis subducat calculum, ut minor, vel major consurgat quantitas. Fachinæus *Consil. 101. n. 2.* Alia exempla lege apud Petrum Myleruṃ *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 69.*

3 Postremò ad Crimen falsi requirunt, ut immutatio vergat in præjudicium tertij, Antonius Gabriel. *lib. 7. Conclus. 5. n. 1.* Julius Clarus *lib. 5. Sent. §. falsum. n. 36.* Gaill. *lib. 1. obs. 100. n. 7.* etsi hoc ultimum requisitum neutiquam ad essentiam hujus criminis esse contendat præter alios allegatus Theodoric. *Cap. 8. aphoris. 1. n. 11.* Mylerus *in not. ad Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 69.* Porrò à primordio lex Cornelia de falsis persequebatur duntaxat hoc crimen in testamento commissum, ideóque lex testamentaria est dicta, *l. 3. §. si quis. ff. de tabul. exhib. l. 1. ff. de publ. Judic. l. 30. ff. hic*, successu tamen temporis ex SCtis, & Principum Constitutionibus universim ad alia genera falsi porrigi cœpit, teste Theodoric. *cit. aphoris. 1.* cum alijs ibi relatis.

4 Committi solet hoc crimen vel in personâ, vel in re, aut negotijs tam Judicialibus, quàm extrajudicialibus, & ultimis voluntatibus. In persona fit alienum supponendo partum, *l. 19. §. 1. ff. hic. l. 1. ff. de liber. agnosc.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 72.* Wesenbec. *ff. hic. n. 28.* Theodoricus *Cap. 8. aphoris. 2. à n. 1.* sive fiat ab obstetricibus, vel ab alijs, in, vel extra matrimonium, publici enim interest, partus non supponi, ordinum & familiarum dignitatem conservari. Brunneman. *in l. 30. §. 1. ff. hic.* Secundò fit supponendo aliam personam, quale in contractu, vel testamento exemplum recenset Julius Clarus *in §. testamentũ. quæst. 59.* de sagaci, versutâque muliere, quæ in locum mariti jam defuncti, alium, fenestris thalami clausis, capite pannis involuto ac ob infirmitatem vix loqui posse simulantem, supposuit, qui testamentum dolosè condidit, in eóque uxorem hæredem instituit. Jungatur Caballus *Resolut. crimin. cas. 176.* Menoch. *de arbitr. Judic. cas. 318.* consimiles casus adducentes. Tertiò, qui de hac, vel illa familia se mentiuntur ob spem successionis in hæreditate, in feudo, vel alijs Juribus, *l. 13. ff. hic*, sunt enim, qui infima sorte nati, se illustrissimis familijs immergere conantur, quemadmodum attestatur Theodoric. *Cap. 8. aphoris. 2.* Anton. Faber *in Cod. lib. 9. tit. 18. defin. 1.* Classen. in Carolin. *art. 112.* aut qui pro Studioso, Notario, Nobili, Doctore, Barone, Comite se gerunt, adulterinũ usurpant Sigillum. *l. 27. §. 2. ff. hic.* Carpz. *part. 2. quæst. 93. n. 36.* Classenius *dict. loc.* quæ facta Exemplis & Historijs illustrat Theodoric. *dict. aphor. 2. à n. 6.* Quartò in hoc crimen incidunt se Judæos, aut Zingaros simulantes, qui, cùm jam sacro fonte sint abluti, turpis lucri gratiâ denuò baptizari se procurant, aut

aut qui liberos suos baptizatos rebaptizari faciunt. Carpz. *dict. part. 2. quæst. 73.* Classen. *in cit. art. 112. circa finem.* Nec Minores hoc evitant crimen, passim Majores se proclamando, aliósque ad secum contrahendum alliciendo, eósque decipiendo. Petrus Myler. *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 72.*

5 Secundò perpetratur hoc crimen in re, seu negotijs, & quidem varijs modis, vel in scriptis, quando quis falsa instrumenta conficit, dictat, vel registra, acta, rationes, chyrographa doloso animo supprimit, oblitterat, aut in præjudicium alterius corrumpit, aut alterius manum in scribendo imitatur, aut denique falsum apponit sigillum, atque id genus alia machinatur, per quæ veritas supprimitur, *l. 2. l. 16. §. 2. l. 23. l. 25. ff. hic.* Brunneman. *in dict. l. 16. ff. eod.*

6 In specie ex SCto Liboniano, & Claudiano in crimen illabitur, qui, cùm adhibitus esset ad testamentum scribendum, sibi legatum vel fideicommissum adscripsit, tametsi ex voluntate testatoris, seu disponentis fiat. *l. 2. § ad testamentum. l. 6. l. 14. ff. hic. l. 1. ff. de his, quæ pro non script. habent. l. qua in testam. Cod. de his, qui &c.* Ratio est, quoniam leges volunt, ut testamentum non tantùm ex libero arbitrio & motu testatoris enatum, à nullius captatione, & suggestione dependeat, sed etiam, ut omnis via falso præcludatur, omnisque suspicio, occasio, & præsumptio fraudis submoveatur: non autem modica est doli suspicio in eo, qui sibi id adscribit, quod ab intestato ei obtingere nequit. Brunneman. *in l. 14. ff. hic.* Mantica *de conjectur. ultim. volunt. lib. 10. tit. 4. n. 17.* Dauth. *de testament. in l. dictantibus. 22. Cod. de test. n. 5.* Finkelthausen. *obs. 101.* Hartman. Pistorius *obs. 130.*

Quo in passu tamen discrimen aliquod theoricum est observandum, quòd nimirùm, si quis sibi, invito seu ignorante testatore, legatum adscripsit, immediatè directéque incidat in crimen falsi, & pœnam ex lege Cornelia descendentem, *l. 1. §. 13. & l. 22. ff. hic*, si autem ex jussu testatoris id fecit, falsum directè non committat, sed quasi falsum, atque cit. SCtum Libonianum eandem protendat pœnam ad illos quoque, qui imperiô testatoris sibi quid scripsêre; præ cæteris eleganter Cujac. *Cod. de his, qui sibi adscribunt in testam. litt. A.* Finkelthausen. *cit. obs. 101. à n. 10.* quam ob rem si quis mandante testatore legatum sibi adscribit, non solùm pro non scripto habetur, & hæredi accrescit, *l. 1. ff. de his, quæ non pro script.* sed etiam pœna falsi ei decernitur. Id, quod de legato, indubiè quoque de hæreditate est asserendum, ut enim legatum ad hæredem, sic & hæreditas ad substitutum, cohæredem, vel his deficientibus ad legitimos, tanquam non scripta devolvitur. Allegat. Cujac. *dict. loc. litt. D.* 7

8 Declinatur autem tam pœna falſi, quàm relicti amiſſio in hærede extraneo, ſibi aliquod emolumentum in teſtamento adſcribente, ſi teſtator ſpeciali ſubſcriptione fateatur, ſe mandâſſe ſcribenti, ut ſibi legatum ſeu hæreditatem adſcribat. *l. filius 14.* in verbis: *ſi tamen juſſum ex ſubſcriptione. & l. Divus.* §. *1. ff. hic. l. 2. Cod. de his, qui ſibi adſcrib.* Cujac. *dict. loc.* Hartman. Piſtorius *obſ. 130. n. 2.* Finkelthauſen *dict. obſ. 101. n. 13.* Quem effectum etiam in filiofamilias ſortitur generalis Patris ſubſcriptio. *l. 1. §. 8. ff. hoc. tit.* Hartmanus Piſtorius *dict. obſ. 130. n. 3.* Cujac. *dict. loc.* Ratio eſt, quia filiofamilias parendi imperio patris obtingit neceſſitas. *l. in fraudem. 10. §. 2. ff. de his, quæ ut ab indig.* Finkelthauſen. *dict. obſ. 101. n. 15.* extraneo autem ad conſecutionem relicti quidem nihil confert, pœnam tamen legis Corneliæ ſubmovet. *l. 2. Cod. de his, qui ſibi adſcrib.* ibi Gloſſ. Salycet. Finkelthauſen *dict. loc.* Pœnam legis Corneliæ, & hæreditatis amiſſionem quoque evitat filius emancipatus ſolus exiſtens, qui dictante patre ſe hæredem ſcripſit. *l. 1. Cod. de his, qui ſibi.* Ratio eſt indubitata, quia, cùm ab inteſtato patri ſuccedat, fruſtra habetur pro non ſcripta hæreditas. Vide Cujac. *dict. loc.* Salycet. & communiter DD. *ad tit. Cod. de his, qui ſibi adſcrib.* in ſpecie Dauth. *in l. 22. Cod. de teſtam.*

9 Comittitur ulteriùs hoc crimē in negotijs, & ultimis voluntatibus abuſu, quemadmodum qui falſis inſtrumentis ab alio confectis dolo malo utitur, *l. 13. §. 1. ff. hic. l. 8. Cod. eod.* aut uſurpat falſas ulnas & pondera, *l. 32. §. 1. ff. hic. l. 6. §. 2. ff. de extraord. crimin.* qui menſuras tam aridorum, quàm liquidorum adulterant, aromata corrumpunt, Cauponarij vinum aquâ, aut leviori vino miſcentes, Laniones carnes vaccinas pro bubulis vendentes. Carolin. pœnal. *art. 113.* ibi prolixè Claſſenius.

Verbis, ſeu dictis perpetratur hoc crimen, ſi teſtis dolo malo falſum perhibeat teſtimonium, *l. 1. ff. hic,* aut ſi judicialiter interrogatus veritatem taceat; Menoch. *de arbit. judic. Cent. 4. obſ. 310. n. 14.* Theodoric. *cap. 8. aphoriſ. 2.* Claſſen. *in Carolin. art. 112.* cujus criminis pariter eſt condemnandus, qui accepit pecuniam, ut veritatem dicat. *l. 1. §. 1. ff. hic.* Ratio eſt partim, quia teſtis debet gratis deponere, *l. 3. §. lege Julia. ff. de teſt.* partim quòd ſit adversùs Juramentum, ſi ſe veritatem abſque donatione, aut compenſatione dicturum promittit. Horatius Carpan. *de ſtatut. Mediol. cap. 76. n. 44.* & alij relati à Theodoric. *cap. 8. aphoriſ. 2. n. 15.* Addatur Carolin. pœnal. *art. 64.* Quemadmodum autem teſtis falſum perhibendo teſtimonium, ita Judex pecunijs corruptus iniquam pronuntiando ſententiam, hoc delictum committere dicitur. *l. 1. §. 3. ff. hic.* Conferatur Carpz. *part.* 10

part. 2. quæst. 93. à n. 45.

11 Factis crimen falsi multivariè admitti solet. Primò cudendo falsam monetam. *l. 8. l. 9. ff. hic. l. 1. l. 2. & 3. Cod. de fals. mon.* Fieri autem assolet adulteratio tripliciter, in materia, forma, & pondere. Materia monetæ vitiatur, si auro admiscetur argentum, vel plus æris, *l. 2. Cod. de fals. monet.* aut si plumbum argentatum, aut æs auratum pro argento, vel auro in pecuniam cuditur, vel alijs modis, quos recenset Tiberius Decianus *lib. 7. cap. 23. à n. 12.* Secundò fit in Forma, est autem forma character materiæ impressus ab illo, qui potestatem cudendi monetam habet. *Arg. l. 1. ff. de contrah. empt. l. 1. Cod. de veteris numis. potest.* Undè committitur falsum quoad primum, si quis sibi potestatem cudendi pecuniam absque Imperatoris seu alteriùs Regis, Principis, vel liberæ Reipublicæ privilegio arrogat: ratio est, quia Jus cudendæ monetæ est de summis Regalibus, quod citra crimē falsi à potestatem non habentibus usurpari nequit. Secundò contingit, si quis suis nummis alterius Principis, vel Reipublicæ, aut Statûs signū, & nomen imprimi curat. Carpz. *part. 1. quæst. 43. n. 24.* Decianus *lib. 7. Cap. 23. n. 18.* Postremò fit diminutione justi ponderis, aqua ardenti superficiem auferendo, aut monetæ circulum tondendo, quemadmodum scribit Ulpianus *in l. 8. ff. hic* asserens: *quicunque nummos aureos partim raserit, partim tinxerit, finxerit &c.* Jungatur prolixè Decianus *lib. 7. cap. 22. à n. 25.* Petrus Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 70.* Ut autem falsificantes, sic & expositores falsæ monetæ in hoc crimen incurrunt, si scienter & dolosè exponunt. Antonius Faber *in Cod. lib. 9. tit. 15. defin. 2.* Theodoric. *cap. 8. aphor. 2. n. 29.*

Ultimò committitur crimen falsi 12 consensu: e. g. vendendo eandem rem successivè duobus in solidum, *l. 21. ff. hic*, ibique Brunneman. Hilliger *in Donell. lib. 4. cap. 17. litt. C.* aut in constitutione pignoris diem antevertendo. *l. 28. ff. hic.* Si pignus, seu hypotheca non est constituta, diei prælatio in aliquo instrumento non obest, secùs autem, quando pignus constituitur, anticipando enim diem creditori nocet, quæ nequitia est frequentissima.

Porrò pœna falsi de Jure Civili est 13 Deportatio cum annexa confiscatione omnium bonorum, in servis autem ultimum supplicium, *l. 1. §. ult. ff. hic.* quin & in libero homine ad amputationem manûs, Novel. *17. Cap. 8.* & Novell. *134. cap. 13.* imò omninò quoque ad pœnam mortis deveniebatur, si ita exigebat magnitudo commissi criminis, per decisionē verò Constantini *in l. 22. Cod. ad Leg. Cornel. de fals.* plerúmque est arbitraria. *l. 27. §. ult. ff. hic.* Mynsinger *in §. item Lex Cornelia de fals. Inst. de pub. Judic. n. 11.* Struvius *Synt. Jur. Civil.*

exercit. 49. thes. 69. Carpz. *pract. rer. crimin. part. 2. quæst. 93.* Falsificans, vel cudens falsam monetam flammis mancipatur: illi autem, qui ædes ad hunc finem locant, earum jacturâ puniuntur; radentium, vel circumcidentium nummos pœna est arbitraria: Carolin. *art. 111.* Classen. *ibi.* Carpz. *part. 1. quæst. 42.* Theodoric. *cap. 8. aphoris. 6.* partûs autem suppositi pœna est fustigatio cum relegatione. Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 72.* Carpz. *dict. part. 2. quæst. 93. n. 29.* Si autem dissimulatâ personâ aliud quis assumit nomē, falsò pro Doctore, Nobili &c.] se gerendo, aut titulos altioris ordinis sibi adscribendo, tunc pro qualitate admissi fustigatio, aut relegatio dictatur. Videatur præjudicium apud Antonium Fabrum *in Cod. lib. 9. tit. 16. defin. 1.* & Carpz. *dict. quæst. 93. n. 41.*

14 Qui verbis, aut dictis falsum committunt, qualiter testes falsa perhibendo testimonia, aut Judices à partibus corrupti iniquas proferendo sententias, temporali vel etiam perpetua relegatione coërcentur pro qualitate excessûs. Carolin. pœnal. *art. 112* ibique Classen. Carpz. *part. 2. quæst. 93. à n. 45.* Eadem pœna arbitraria decernitur perpetrantibus falsum in scripturis, vel publicis, vel privatis. *Carol. dict. art. 12.* Novell. *17. cap. 8.* Berlich. *part. 5. conclus. 57.* Theodoric. *cap. 8. aphoris. 6. n. 28.* Pariformiter pœna arbitraria dictatur dolo malo corrumpentibus mensuras, stateras, aut merces, quêis exercetur mercatura. Carolin. pœnal. *art. 113.* ibique prolixè Classenius cum alijs ibi relatis. Ex quibus liquet, quòd pœna mortis regulariter in hoc crimine locum non sortiatur, nisi in casibus specialibus à Jure expressis, quos ex varijs textibus & Authoribus collegit *cit.* Theodoric. *dict. aphoris. 6. n. 36.*

ACTIO

Sive Judicium Legis Juliæ Repetundarum.

SUAMMRIUM.

1. *Quid sit Crimen Repetundarum?*
2. *A quibus hoc crimen perpetretur?*
3. *An ab illo, qui accepit, ut causam celeriùs expediat?*
4. *Qualiter Xenia accipere licet?*
5. *Qualis sit criminis hujus pœna?*
6. *Cui applicanda?*

Tri-

1 TRigesimum obtinet locum Judicium Legis Juliæ Repetundarum. Crimen repetundarum à repetendis pecunijs, quovis modo à subditis per Magistratus, aut eos, queis publica functura est commissa, extortis ita nuncupatum, nihil aliud est, quàm maleficium publicum, quod ab eo, qui est in Magistratu, Curatione, Legatione, alióve munere publico, se sordidê gerendo committitur. *L. ult. ff. hic L. 6. ff. eod.* Appellatur quoque passim Barrattaria à vocabulo barbaro, ac idem denotat, quod crimen permutationis, cùm justitiâ pecunia permutetur. Tiberius Decianus *lib. 8. cap. 33. n. 9.* Hoc delictum Mascardus *de probat. vol. 1. conclus. 164. n. 1.* inter nefandissima recenset, cùm per hoc *oculus DEI* Justitia lædatur, quin evertatur. Addatur latè exponens Theodoric. *cap. 9. n. 2. & 3.* Undè jam antiquitùs variæ de repetendis pecunijs, Magistratui datis, ut officium non deneget, vel præstet, leges sunt conditæ & promulgatæ, quales erant Lex Calphurnia, Lex Cæcilia, Lex Servilia, de quibus videatur Vincentius Gravina *de Origin. Jur. Civil. lib. 3. fol. mihi 696.* Theodoric. *cap. 9. aphoris. 1. n. 1.* Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 72.* In genere autem dicitur Magistratus se sordidè gerere, & crimen hoc committere, non quidem quando ab invitis quid sub prætextu Juris extorquet, eo quippe casu incidit in crimen Concussionis, de quo superius, sed si Magistratus à volente aliquod commodum accipit, quo minùs, aut magis ex officio suo agat. *l. 3. l. 4. l. 6. & 7. ff. hic. l. ult. Cod. eod.*

In specie perpetratur primò hoc 2 crimen ratione potestatis, quando quis, qui quidem imperium non habet, etsi Magistratus sit, sordes tamen recipit, *l. 215. ff. de V. S.* Theodoric. *dict. loc. n. 29.* quales olim erant Præfectus annonæ, Præfectus vigilum, Quæstor parricidij, qui, si muneris & officij exequendi gratiâ accipiunt emolumenta, hoc crimine obstringuntur. *l. 3. ff. hic. l. 13. ff. de Jurisdict.* Haud tamen Tutor, quamvis in pupillum sortiatur potestatem, eum defraudando in hoc crimen incidit, cùm tutoria potestas sit privata, adeóque hujus non est loci. Secundò ratione Curationis, cujus officium Reipublicæ incumbebat Curatori. *l. ult. ff. de offic. Assessor. l. 37. ff. de pact.* Tertiò in Legatione, haud enim suspicione caret Legatus, accipiens munera à gente, ad quam est ablegatus. Videatur Theodoric. *cap. 9. aphoris. 1. n. 32.* ubi per exempla hanc speciem dilucidat; Legatus enim gratis officium suum facere debet. Quoties ergo quis aliquid præstare gratis tenetur, toties si pecuniam recipit, injustè recipit; aliàs opera Justitiæ venalia forent. *Cap. cùm non ab homine. Extra de vit. & honest. Cleric.* Non solùm autem Magistratus, aut Judex ipse, aliquid pro administratione Justitiæ accipiendo

in hoc crimen incidit, sed & Magistratui præsentes, consilio vel operâ eum adjuvando. *l. 7. Cod. de Assessor.* Secundò, qui ob ferendum testimonium pecuniam acceptat, *l. 6. ff. hic*, ex ratione, quia ex officio ad illud adstringitur. Tertiò, qui ob simulatam cum Judice amicitiam & singularem favorem, sententiam favorabilem promittit, Menoch. *de arbit. Judic. lib. 2. cas. 344.* etsi talis sit Advocatus, cùm decipiat clientem, & Judici injuriam irroget. Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 44. thes. 72.* Quin ultimò, Scribæ, Ministri, liberi & uxor Judicis munera accipiendo hujus criminis rei fieri possunt. Bartol. *in l. 2. ff. hic.* Mascard. *de probat. vol. 1. conclus. 164. à n. 4.*

3 De illo variè discurrunt Authores, qui accepit, ut causam celeriter expediat? Et hoc casu crimẽ contrahi frequentiùs placuit, hinc Angelus *in l. 2. ff. de condit. ob turpẽ causam* inquit: *si totus mundus veniret, non posset credere, quod si una pars det, & altera non, Judicem danti non esse naturaliter favorabilem.* Videatur Nicolaus Boërius *decis. 153.* Menoch. *Cas. 342. n. 26.* qui danti repetitionem largitur. Jungatur Mylerus *in* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 73.* Nec declinat hoc delictum Judex seu Magistratus, qui pecuniam, aliámve rem sub titulo donationis, emptionis, aut alio velamento cujuscunq; contractûs recipit. *l. final. Cod. hic.*

Potest tamen absque respectu sui officij à consanguineis ad sextum usque gradum accipere munera, & quidem expressa certa quantitate, *l. 1. §. & l. 7. §. 1. ff. hic*, à cæteris personis extraneis autem etiam extra officij rationẽ accipere equidem licet, ita tamen, ut ea ultra aureos centum singulis annis non excurrant, *l. 6. in fine. ff. hic*; quod autem *l. final. Cod. eod.* abrogari videtur, quæ vetat quidquam accipi. Fach. *part. 1. quæst. 111. n. 248.* Brunneman. *ad l. 6. ff. eodem.* Theodoric. *dict. cap. 9. aphoris. 1. n. 18.* Cujac. *lib. 6. obs. 18.* Secundò xenia, esculenta, & poculenta, puta leporem, cuniculos, capones, perdices, lupum, salmonem, varia vinorum & cerevisiarum genera, quæ intra breve tempus, e. g. proximum triduum absumi possunt. *l. 6. §. final. ff. de offic. Proconsul. l. 18. ff. de offic. Præsid. Cap. Statutum 11. §. insuper de Rescript. in 6to.* Dari tamen debent ex mera liberalitate, adeò ut nec directè, nec indirectè à Judice petantur, & quidem finitâ causâ; perdurante enim lite haud ex charitate, sed pro corruptione dari videntur; qui enim Judici gallinam dat, eô animô dare censetur, ut recipiat bovem, etsi hodierno tempore, quo Judicibus & Magistratui salaria sunt assignata, aliud dicendum videatur per Novell. *17. Cap. 1.* præsertim cùm leviusculis poculentis & esculentis Judices non soleant esse contenti, etsi majore quantitate porrigantur, fa-

facilè eorum animi pervertantur. Conferatur Theodoric. fusiùs hanc quæstionem pertractans.

5 Porrò ad vindicandum hoc crimen agi potest vel civiliter, vel criminaliter, si civiliter, tunc datur actio in factum personalis illi, & ejus hæredibus, à quo invito Magistratus & alius, qui in officio publico, pecuniam extorsit, cùm in hoc casu turpitudo sit solummodò ex parte accipientis. Si autem ultroneo motu obtulit, tunc erit popularis, & quivis ad accusationem erit admittendus, *l. ult. Cod. hic*, quin intra annum, saltem quoad simplum, protenditur quoque adversùs hæredes accipientis. *l. 2. ff. hic. l. 2. Cod. eod.* Brunneman. *in dict. l. 2. ff. eod.* Bachov. *in Treut. vol. 2. disput. 32. thes. ult. lit. B.* Competit ad triplum dati, promissi autem duplum. *Auth. novo Jure. Cod. de pœn. Judic. qui malè judicat.* Nec obstat textus in *l. 1. Cod. hic*, in quo absolutè dicitur, Judicem corruptum ad quadruplum adstringi, loquitur enim lex illa de administratore Provinciæ, qui incolas & inhabitatores ibi nudavit, & diripuit, qualis tenetur illis quadruplum restituere, quæis eripuit. Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 73.* Theodoric. *dict. cap. 9. aphoris. 1. n. 42.*

6 Applicanda igitur hæc pœna erit fisco, quando turpitudo quoque versatur in ipso dante, *l. 2. Cod. hic*, si autem ex parte dantis turpitudo non est, dimidianda erit inter dantem, & fiscum, per Jura supra de popularibus actionibus deducta. Jungatur Theodoric. *dict. loc.* Mylerus in Struv. *cit. thes. 73.* De consuetudine autem illa pœna non ampliùs exigitur, sed Judex per sordes judicans ab officio removetur, & extraordinariè punitur, teste Julio Claro *in §. fin. quæst. 73.* Myllero *allegat. loc.* Si autem criminaliter agatur, pœna est extraordinaria, vel relegationis, vel deportationis. Pœna autem mortis eo demùm casu sibi vendicat locum, quo ex sordida, & corrupta Judicis condemnatione secuta est mors. Tiberius Decianus *lib. 8. cap. 39. n. 6.* Damhoud. *pract. crim. cap. 130.* Theodoric. *dict. cap. 9. aphoris. 1. n. 43. in fine.* Ratio est ex se manifesta, quoniã in tali casu ex lege Cornelia de Sicar. agitur. Altera pœna Infamia est, quâ afficitur Judex malè & per sordes judicans, quem omnes effectus infamiæ sequuntur. *l. 2. Cod. h. tit. Auth. Jure novo cit.* Tenetur præterea ad refusionem expensarum, & damni illati. *l. fin. Cod. de pœn. Judic.* Ultimò sententia est ipso Jure nulla, *l. 7. Cod. quando provocare non est necess. Can. non licet. caus. 2. quæst. 3.* Decian. *dict. lib. 8. cap. 39. à n. 26.* etsi foret æqua & justa. Ferdinand. Vasq. *illust. controvers. part. 2. controvers. 37.* Vant. *de nullit. ex defect. process. n. 136.*

ACTIO

Sive Judicium defraudatæ Annonæ.

SUMMARIUM.

1. *Quid nomine Annonæ veniat?*
2. *Quid sit hoc crimen, quod lege Julia vindicatur?*
3. *Qualis pœna sit decreta?*

1 TRigesimò primò loco subsequitur pœna criminis defraudatæ annonæ. Annona ab alimonia quasi annuus proventus comprehendit omne, quod ad victum humanum subservit, quale est frumentum, vinum, oleum, sal, acetum, lardum, palea, fœnum, lignum. *l. 1. & 2. Cod. de erogat. milit. annon.* Theodoric. *dict. cap. 9. aphoris. 2.* Decian. *lib. 7. cap. 22.* Dividitur in annonam militarem, & civilem. *tot. tit. Cod. de erogat. annon. milit. l. 14. Cod. de S.S. Eccles. l. unic. §. cùm autem in fine Cod. de rei uxor. act. l. 6. §. his illud. Cod. de secundis nupt.* Utrique annonæ res supra recensitæ sunt communes, palea autem, & fœnum annonæ militari duntaxat est propria. *l. 2. Cod. de erogat. milit. annon.* Theodoric. *cit. aphoris. 2.*

2 Crimen igitur defraudatæ annonæ est maleficium publicũ ab eo, qui dolo malo quid molitur, quo annona carior fiat, patratũ. *l. 2. ff. hic.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 75.* Theodoric. *dict. cap. 9. aphoris. 2. n. 1.* Varijs solet hoc crimen committi modis. Primò, si societas ineatur, per quam annonæ pretium augetur, aut si quis navim, nautámve retinet, seu dolo malo facit, ut magis detineatur. *l. 2. §. 1. ff. hic.* Decian. *lib. 7. cap. 22. n. 27.* Menoch. *de arbit. Judic. cas. 384.* Secundò patratur hoc crimen per monopolium, si negotiatores facta conspiratione paciscantur, ne annona minori, quàm inter se definito pretio, distrahatur. *l. unic. Cod. de monopol.* Tertiò per Dardaniatum, *l. 6. ff. de extraord. crim.* quæ species est hujus loci. Appellantur autem Dardanarij à nefario Mago, qui fruges ad sterilitatem excantabat, sicut superiùs est expositum. Quartò quando quis coëmptá annonam supprimit, & ex pecuniæ cupiditate caritatem affectat, quemadmodum locupletiores fructus suos justo pretio divendere recusant, cùm minùs uberes proventus operiuntur. *l. 6. ff. de extraord. Crim.* Videatur prolixè deducens Theodoric. *cap. 9. aphoris. 2. à n. 10.* Struv. *in disput. de annon.* Talis enim coëmptio, & asservatio, donec pretia accrescant, sunt Reipublicæ perniciosissimæ.

Eam-

Eámque ob rem apud Romanos
5 adversus taliter delinquentes tam ordinarij, quàm extraordinarij designati erant Magistratus. Inter posteriores erant Ædiles Cereales à Julio Cæsare constituti. *l. 2. §. 32. ff. de orig. Jur.* Pœna hujus criminis est de Jure Civili 20. aureorum. *l. 2. §. ult. ff. hic.* Decian. *lib. 7. cap. 22. n. 3.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 75.* & alij relati à Theodoric. *dict. loc. n. 13.* Secundò incidunt in pœnam *l. unic. Cod. de monopol.* Tertiò tenentur lege Cornelia de falsis, quando per falsas, & adulterinas stateras, falsásq; mensuras fraudant annonam, *l. 6. §. pen. ff. de extraord. crim.* quin ex decreto Hadriani *in dict. l. 5. §. ult.* adulterinas mensuras usurpantes in insulam relegantur. Decian. *dict. loc. n. 20.* Menoch. *de arbit. Judic. cas. 381.* Hodie pœna pro gravitate admissi est varia, vel interdictio negotiationis, vel pecuniaria, vel denique relegationis. Theodoric. *dict. loc. n. 13.* Mylerus in Struv. *dict. thes. 75.*

ACTIO

Sive Judicium Legis Juliæ Peculatûs, & de Sacrilegis, & Residuis.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Peculatus? & unde dicatur?*
2. *Quid requiratur ad peculatum, & quot modis ille fiat?*
3. *Quæ dicatur pecunia publica?*
4. *Quæ sit pœna peculatus?*
5. *Hodie est pœna furti.*
6. *Quid sit Sacrilegium, & quot modis fiat?*
7. *Quæ dicantur res sacræ?*
8. *Quæ sint loca sacra?*
9. *Quæ sit pœna Sacrilegij?*
10. *Circa quam distinguuntur casus.*
11. *Sacrilegos inter est effringens Gazophilacium.*
12. *Qualis pœna sit decreta in eum, qui res modici pretii subtrahit?*
13. *Quid sit crimen de Residuis?*

1 Trigesimum secundum locum intrat Judicium Legis Juliæ Peculatûs. Peculatus derivatur à peculio, quod in pecore, in quo antiquorum opulentiæ & facultates solidabantur, initium fraudis esse cœperit. Theodoric. *cap. 9. aphoris. 3. n. 2.* Mylerus in Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 76.* Accipitur duplici sensu, aut lato, aut stri-

ſtricto. In priori ſumptum deſcribi ſolet, *eſſe furtum pecuniæ publicæ aut ſacræ, non ab eo factum, cujus periculo eſt. l. 9. §. 1. ff. hic.* In poſteriori excluditur furtum rei ſacræ, ſeu Sacrilegium, denotátque duntaxat furtum pecuniæ publicæ. *l. 4. ff. hic.* Ut igitur conſurgat forma hujus delicti, depoſcitur, ut fiat ab illo, cujus periculo hæc pecunia non eſt, e. g. ab extraneo auferatur, & intercipiatur, *l. 1. ff. hic*, aut à Judice pecuniæ ab alio adminiſtratæ ſurripiantur. *l. unic. Cod. de crim. peculat.*

2 Varijs autem modis committitur hoc crimen. Primò, ſi quis pecuniam publicam aufert, & minor, quàm ex venditione vel locatione eſt redempta, ſumma aut quantitas ſcribatur. *l. 10. ff. hic.* Secundò quando quis muros, vel fores civitatis effringit, perforat, & exinde aliquid ſubmovet, *l. 11. ff. eod.* aut prædam ab hoſtibus aſportatam ſurripit, *l. pen. ff. eod.* ratio eſt, quòd in effectu ſit publica. Donell. ibique Hilliger. *l. 4. cap. 21. lit. E.* Theodoric. *cap. 9. aphoriſ. 3. à n. 7.*

3 Quænam autem dicatur pecunia publica, variè decertant DD. Videatur Cujac. *in Reſponſ. ad Papin.* Duarenus *lib. 2. diſput. 26.* & Decianus *lib. 8. cap. 28. n. 11.* Mihi videtur ſecernendus eſſe ſtatus antiquus à moderno. In priori dicebatur pecunia publica, quæ ſpectabat ad Civitatem Urbis Romanæ, vel ad fiſcum Cæſaris. *l. 4. §. fin.* ibique Gloſſ. *ff. hic.* In poſteriori dicitur pecunia publica, quæ eſt Imperatoris, Regis, Principis, aut Civitatis ſuperiorem non recognoſcentis, aut etiam quæ ſpectat ad Principes Imperij, & Civitates Imperiales, cæteræ verò Civitates pro privatis habentur. *l. 16. ff. de V. S.* Mynſing. & Harprecht. *§. 9. Inſt. de pub. Judic.* Decianus *dict. loc.* & alij, quos refert, & ſequitur Theodoric. *dict. cap. 9. aphoriſ. 3. n. 5.*

Pœna hujus criminis de Jure Civili eſt varia: & quidem talis ſurripiens in quadruplum tenetur. *l. 6, l. pen. ff. hic.* Bartol. *in dict. l. 6. §. 2.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. theſ. 77.* Theodoric. *cap. 9. aphoriſ. 3. n. 12.* Nec refert, utrùm clam vel palàm pecunia fuerit ſurrepta. *l. 1. Cod. de his, qui ex pub. ration. l. qui in contractibus. Cod. de Jure fiſci.* Quam pœnam & ab hæredibus exigi poſſe, rectè defendit præter alios Gomez. *var. reſol. tom. 3. n. 80. per l. ult. ff. hic*, ubi plures recenſet caſus, in quibus pœna per mortem non extinguitur. Addatur Peregrinus *de Jure fiſci*, & alij relati à Theodoric. *dict. loc. n. 13.* Si autem quis ſurripiat pecuniam fiſco equidem debitam, ſed nondum incorporatam, ad pœnam dupli adſtringitur. *l. 7. Cod. de Jure fiſci. l. 1. Cod. de his, qui ex publ. ration.* 4

Altera pœna eſt corporalis; nempe in privatis, qui nec Magiſtratus ſunt, nec publico defunguntur officio, 5

cio, deportatio, *L. 3. L. 6. §. ult. ff. hic*, personis autem in munere publico constitutis decernitur ultimum supplicium. *L. 1. Cod. de crim. pecul.* ibi Brunneman. Struv. *dict. loc.* Hodie in locũ deportationis succedit pœna furti. Theodoric. *dict. cap. 9. aphoris. 3. n. 17.* & Struv. *citato loco.*

6 Alterum Rubricæ hujus membrum est Sacrilegium, quod est *crimen publicum, quo res sacra furto aufertur, seu intercipitur.* Quo in passu tamen notabile Jus Civile inter, & Canonicum subjicitur discrimen. Posteriori Jure crimen hoc tribus committitur modis. *Can. si quis contumax. 20. §. Sacrilegium. caus. 17. quæst. 4.* Primò, si quis rem sacram, Divinóque cultui consecratam è loco sacro, secundò, si rem sacram è loco profano, tertiò, si rem non sacram è loco sacro submovet. Decian. *lib. 6. cap. 30. n. 26.* & plures relati apud Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 89. n. 5.* Juri Canonico adstipulatur Constitutio Carolina *art. 171.* De Jure autem Civili ad formam hujus delicti duo solummodò, sed conjunctim deposcuntur. Primò, ut res furto ablata sit sacra, sive DEO dicata, profanisque usibus absolutè exempta. Secundò, ut surripiatur è loco sacro, *L. 9. §. 1. ff. hic.* Struv. *dissert. de crimine peculat.* Classen *ad Carolin. cit. art. 171.* Carpz. *dict. loco.* eámque ob rem, si res sacra ex loco profano, aut res profana ex sacro abripitur, de Jure Civili non est Sacrilegium, sed simplex furtum. *L. 5. ff. eod.*

Dicuntur autem res sacræ, quæ ab eo, cui indulta est potestas, adhibitis consuetis solennitatibus ritè sunt consecratæ, quales sunt vasa ad sacrosanctum Sacramentum, vel sacrum Oleum pro extrema Unctione, cum debita reverentia reponendum, aut recipiendum destinata, aut tabernaculũ, in quo sacra Eucharistia custoditur, Calices, Patenæ, Altaria, eorum ornamenta, vestes Sacerdotales, & Diaconorum, in quibus Divinæ functuræ celebrantur, ad quas communiter etiam referuntur vasa, in quibus asservatur vinum ad sacrificandum, thuribula, navicula, ornamenta, quæ ad exornanda Altaria, , ipsámque Ecclesiam sunt destinata, qualia sunt imagines, linteamenta, cortinæ, candelabra, & id genus alia plura. 7

Quemadmodum de rebus, ita quoque de locis sacris discurrendum est, dicuntur enim loca sacra, quæ per Pontifices, Episcopos, aliósve potestate hac pollentes, legitimè sunt consecrata, qualia sunt Templa, quorum privilegijs quoque gaudent Cœmeteria, quêis accensentur Monasteria, non verò privata Oratoria, quæ absque authoritate Episcopali devotioni sunt destinata. Non tamen crimine Sacrilegij se contaminant, qui ex Sacerdotum ædibus quid surripiunt, etsi graviori coërceantur pœnâ. *L. 9. §. 1.* Glossa ibi in verb. *ædiculas. ff. hic.* 8

Porrò quoad pœnam irrogan- 9

dam differentia statuenda est Jus Civile inter, & Carolinum. Priori Jure videtur esse pœna mortis definita, per verba Pauli initialia *in L. 9. ff. hic* asserentis: *Sacrilegi capite puniuntur*. Cùm autem mortis pœna sit varia, in arbitrium Judicis cadit determinare pœnam, modò à mortis supplicio non recedat, quæ assertio per verba Ulpiani *in L. 6. ff. hic* corroborari videtur, subjicientis: *multos Judices damnâsse sacrilegos ad bestias, nonnullos eos vivos exussisse, alios verò in furca suspendisse.* At nec Pauli, nec Ulpiani traditio evincit, pœnam mortis sacrilegis indistinctè decretam fuisse, quemadmodum enim per capitis pœnam non semper ultimum supplicium seu mors naturalis, sed & civilis, deportatio, & damnatio ad metallum denotatur, §. 2. *Inst. de pub. Judicijs. L. 2. ff. eod. L. 29. ff. de pœn.* ita *ex cit. L. 6.* promptè conjicitur, in crimine Sacrilegij non indistinctè ad pœnam mortis naturalis deventum esse: per consequens concludendum videtur, Judicis arbitrio relinquendum, quando pœna mortis, vel arbitraria dictanda sit.

10 De Constitutionibus Carolinis tres sunt distinguendi casus. Primus, si quis Hierothecam, vel vulgariter loquendo, Monstrantiam, in qua sacrosanctum Venerabile asservatur, sit furatus, in hunc furem statuta est pœna ignis, *art. 172.* quæ pœna à Jure Civili communi non abludit, de quo constat, sacrilegos quandoque vivos combustos esse. *L. 6. ff. hic.* Videatur Antonius Thesaur. *lib. 1. quæst. 80. n. 24.* Alter casus, quo quis rem sacram, veluti vasa aurea, argentea, Deo & usibus Divinis consecrata submovet, sive in sacro, sive in profano asservata abripit: huic quoque pœna mortis definita, genus autem supplicij judicio prudentûm, circumstantias locorum & qualitates personæ accuratè ponderantium, est permissum *dict. art. 172.* Classen *ibi. n. 2.* Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 89. n. 17.* Tertius casus est, quo quis ædes sacras furandi proposito violenter effringit, ac alijs periculosis instrumentis fores reserat: & hic pœnæ mortis est subijciendus, juxta *cit. art.* arbitrium tamen prudentûm est prius exposcendum, & qualitas ætatis, sexûs, aliæque circumstantiæ maturiùs considerandæ veniunt.

Inter Sacrilegos quoque recensetur, qui sacram Eleemosynarum arcam, sive Gazophylacium reserat vel effringit, & ex eo pecunias pijs devotionibus oblatas, atque alendis pauperibus, vel templorum usui & necessitatibus destinatas aufert, cujus pœna pro gravitate admissi est arbitraria, *Art. 173.* adeò quidem, ut possit esse vel mortis, vel corporis afflictiva. Classen. *in dict. art.* 11

Dubium in hac materia movetur ulterius, qualis adversùs eos sit statuenda pœna, qui res sacras è loco sacro, modici tamen pretij, submovent? Sunt, quos collegit Prosper. 12

Fa-

Farinac. *quæst. 172. n. 53.* autumantes, indistinctè pœnæ mortis locum esse, à quorum censura recedit Constitutio Carolina *art. 124.* & mitiori pœna hoc delictum coërcendum decrevit, nisi violenta effractione, nimirum ascensione, vel instrumentis prohibitis sit commissum, quo casu à pœna mortis non liberatur; in verbis: so der Dieb in die Kirchen oder Sacristey einbricht/ oder die gefährlich auffsperrt. Si verò res profanæ à privatis personis in templis, & delubris depositæ sint amotæ, pœna furti dictatur. *l. 5. ff. h. tit.* Prosper. Farinac. *quæst. 172. n. 28.*

13 In tertio membro hujus Judicij præfinitur Crimẽ de Residuis, differens à crimine peculatûs, quod hoc ab eo, cujus periculo pecunia non est, illud fiat ab ipso administratore, describique potest, esse Crimen publicum ab eo, qui officio publico præfectus pecuniam in usum publicum destinatam retinet, commissum. *l. 2. l. 4. §. 4. ff. hic.* Theodoric. *in dict. cap. 9. aphoris. 5.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 70.* Eapropter excluduntur illi, qui pecuniam per modum contractûs, vel quasi, sine publica administratione, in suam receperunt fidem, & custodiam, quales sunt depositarij, & creditores, factores, socij, negotiorum gestores, tutores &c. Berlich. *part. 5. conclus. 57. n. 2.* Theodoric. *dict. loc. n. 4.* Perpetratur duplici modo, aut publicam pecuniam in aliquem usum destinatam retinendo, & in eum non consumendo, *l. 2. l. 4. §. 4. & l. 9. ff. hic,* aut eam pecuniam in suum convertendo usum. *l. 4. §. 4. ff. eod.* Videatur Decian. *lib. 8. cap. 31.* Pœna olim de residuis erat tertia pars, quam debebat, id est, si 300. deberet, 400. fisco cum usuris inferre debebat. *l. 4. §. 5. ff. hic.* Brunneman. ibi. Theodoric. *cap. 9. aphoris. 5.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 80.* Hodie est pœna extraordinaria; non autem suspendij, quemadmodum in cæteris furibus. Carpz. *pract. rer. crim. part. 2. quæst. 85. n. 9.* Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 80.* ibique Petrus Mylerus. Berlich. *part. 5. conclus. 57.*

ACTIO

Sive Judicium Legis Juliæ Ambitûs.

SUMMARIUM.

1. *Quid Crimen Ambitûs, & unde dictum?*
2. *Quomodo committatur?*
3. *In quibus casibus cesset?*
4. *Describitur ejus pœna.*

DE-

1 Trigesimo tertiò locô succedit Judicium Legis Juliæ Ambitûs. De origine hujus vocabuli lege latè differentem Struvium *in dissertat. de Ambitu thes. 1.* re ipsa verò non est aliud, quàm Crimen publicum, quo quis illicitis modis, velut datâ pecuniâ, sibi honores, & munera comparat. Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 81.* Theodoric. *cap. 9. aphoris. 6. n. 1.* Prudentissimè Romani hoc crimen Judicio publico vindicârunt; sicut enim accipere pecunias à suscepturis Magistratum omnis nequitiæ principium est, ita nundinatores, seu cauponatores officiorum, qui corruptis suffragijs ad honores eluctati sunt, facilè sibi persuadent, vendi licere, quod est emptum: hinc emergit omne enormium scelerum genus, commerciorum confusio, legum contemptus, quovis pœnam auro redimi posse confidente. Novell. *8. in præfat. prop. fin.* quis locus tutus, si veneranda Justitiæ delubra pecunijs expugnantur? quem murum integritatis, & vallum fidei habebimus, si auri sacra fames in penetralia veneranda proserpat? *l. 31. Cod. de Episc. & Cleric.* Constituendi igitur Justitiæ Sacerdotes non pretio, sed precibus, non quos divitiarum copia, aut favor sanguinis, & affectûs, sed virtus & innocentia commendat.

2 Committi igitur solet hoc crimen ab illo, qui datâ aut promissâ pecuniâ, aliâve re Magistratum ambit. Secundò ab eo, qui nova vectigalia instituit, vel antiqua auget. *l. unic. §. 3. ff. hic.* Recess. Imperij *de 1566. Ratisbona.* Videatur Theodoric. *dict. aphoris. 6. n. 8.* Decian. *l. 8. cap. 23. n. 5.* Tertiò, qui Consiliario Principis donat, vel promittit, ut honorem consequatur. Salycet. *in l. unic. ff. hic.* Decian. *dict. loc. n. 1.*

Econtra hoc crimen non committi defendunt plures, si quis ab ipso Principe datâ pecuniâ officium sit assecutus, ratio est partim, quia lex Julia de Ambitu in Principe cessat, eâque duntaxat in statu Democratico obtinet, *l. unic. ff. hic.* partim, quia Princeps non præsumitur subditos suos gravare, *Novell. 8. in præfat. §. 1.* partim denique, quia Princeps in tali casu censetur secum dispensare. Decian. *dict. loc. n. 13.* Secundò cessat, si pro paupere, habili tamen & merito, suffragia interponuntur, Theodor. *dict. loc. n. 15.* aut si quis obtentô officiô spontaneo motu aliquod honorarium offerat. 3

Porrò pœna hujus criminis erat 100. aureorum cum annexa infamia, *l. unic. §. penult. ff. hic,* interdum deportatio. *l. unic. Cod. eod.* Si quis autem administrationem provinciæ sordidè sit assecutus, est quadruplum ejus, quod pro suffragio dedit. *l. ult. Cod. ad l. Jul. repetund. l. si quemquam. Cod. de Episc. & Cleric.* Hodie ex multorum opinione de hoc crimine vano scribitur nisu, cùm vix sit officium, quod non vel pacto vel pretio comparetur. 4

ACTIO
Sive Judicium Legis Fabiæ de Plagiariis.

SUMMARIUM.

1. *Quid sit Plagium? & qualiter perpetretur?*
2. *Designantur Casus, in quibus olim in servis fiebat.*
3. *Pater in famis necessitate filios suos vendere potest, secùs mater.*
4. *Quæ sit criminis hujus pœna?*

1 TRigesimum quartum sibi locum asserit Judicium Legis Fabiæ de Plagiarijs. Plagium est dolosa liberi hominis, seu servi alieni suppressio. Struv. *Synt. Jur. Civil. Exerc. 49. thes. 9.* Wisenbach. *ff. hic.* Patratur autem hoc crimen varijs modis. Primò, Si quis liberum hominem supprimit, celat, in vinculis detinet. *L. 6. §. ult. ff. hic.* Secundò, Si homo liber scienter venditur, vel emitur. *L. 1. L. 6. §. 2. ff. eod.* Tertiò, quando liber homo donatur, in dotem aut alio modo in solutum datur. *L. 4. ff. hic. Novell. 134. cap. 7.* Quartò, Si quis liberum hominem oppigneraverit, aut locaverit. *L. 9. ff. de pignor. & hypothec. dict. novell. cap. 7.* quin si quis ex his causis fuerit Socius. *L. 6. §. ult. ff. hic.* Conferatur Duarenus *ff. eod. cap. 1. & lib. 2. disput. 20.* Theodoric. *cap. 9. aphoris. 8.*

3 Servorum plagium olim committebatur servum fugitivum scienter donando, vel vendendo. *L. 2. §. ult. ff. h. t. L. 9. Cod. eod.* aut si quis servo, aut ancillæ persuasit, ut à Domino diffugeret, aut si etiam Domino invito servum occultaverit, in vinculis suppresserit, *dict. L. 6. §. ult. ff. eod.* vel si quando quis servum fugitivum cum rebus furto ablatis scienter receperit. *L. 12. Cod. hic.*

Pater autem in extrema famis necessitate filios suos vendere potest impunè. *L. 2. Cod. de patrib. qui fil. distrax.* Ibique DD. Utrùm autem pater filium distrahere queat aliâ, præter famis, necessitate urgente. E. g. Si ab hostibus captus morti esset subjiciendus, nisi certam pecuniæ summam exsolvat? Affirmant allegati apud Theodoric. *dict. cap. 9. aphoris. 8. n. 3.* sed non lubet eis ad stipulari, ratio est, quia famis necessitati nulla est par. Brunneman. *in L. 2. Cod de partib. qui fil.* Mater autem etiam suprema famis necessi- 2

tate instante, filios suos non potest distrahere, ratio est, cùm sit effectus patriæ potestatis, mater autem filios in potestate non habet. §. 10. *Inst. de adopt. L. 4. ff. de curat. furios.* nec in hoc crimen incidunt Principes, Comites, nobiles donantes sibi pygmæos, moriones, aut similis farinæ homines. Myler. *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 83.*

4 Porrò pœna hujus criminis ex lege Fabia erat duntaxat pecuniaria. *L. 12. de manumiss.* quæ tamen jam olim abusu recessit *L. ult. ff. hic.* inde hujus criminis Rei variis pœnis coërceri cœperunt, & ut plurimùm ad metallum damnari. *L. fin. ff. hic. L. fin. Cod. eod.* Quinimò pro modo admissi pœna capitalis esse poterit. *L. 1. ff. hic.* præsertim si quis viventis filij misetandam parenti orbitatem infligit, si ingenuus, gladio consumitur, si servus, bestijs objicitur. *L. ult. Cod. h. t.* Duarenus *lib. 2. disput. 20.* Theodoric. *dict. cap. 9. aphoris. 8. n. 8.* Socius qui ansam plagio præbet, ijsdem subjicitur pœnis. *L. ff. pen. hic. L. 10. Cod. eod.* Heigius *part. 2. quæst. 32. n. 13.* Addantur præjudicia apud Theodoric. *cit loc. n. 3.* Carpz. *part. 2. quæst. 83. à n. 85.* Gregor. Tholosan. *lib. 36. cap. 31.*

ACTIO

Sive Judicium Senatus Consulti Turpilliani, & de Abolitionibus Criminum.

SUMMARIUM.

1. Unde hoc Senatus Consultum originem habeat?
2. Qualiter Judiciorum publicorum frustratorum impostura detegatur?
3. Quinam pœnam hujus SCti declinent?
4. Quid Tergiversari? & quæ ejus pœna?
5. Subÿciuntur exceptiones.
6. Quid Abolitio?
7. Quotuplex sit abolitio?
8. Quid privata abolitio?
9. In quibus Casibus abolitio obtineri nequeat?
10. Annotantur effectus obtentæ abolitionis?
11. Quomodo inducatur legitima abolitio?

12. Quo-

12. Quomodo crimina per præscriptionem aboleantur?
13. Non tamen tolitur interesse Civile.
14. Nec exceptio.
15. Quæ præscriptiones adversus crimina currant? vide remissivè.

1 TRigesimô quintô numerò sequitur Judicium, sive pœna SCti Turpilliani &c. SCtum hoc imperio Domitij Neronis à Cæsenio Pacto, Petronio, Sabino, & Turpilliano anno Christi 62. concinnatum, atque à Senatu approbatum, promulgatum esse testatur Jacobus cujac. *in paratit. Cod. ut intra cert. temp. crim. quæst. termin.* Mylerus *in Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 84.* Vincentius Gravina *de origine Jur. Civil. lib. 2. fol. mihi 741.* eâmque ob rem decretum Patrum dicitur. *in L. abolitionem 16. Cod. ad leg. Jul. de adult.* Coercentur eodem desertores, tergiversatores, seu frustratores publicorum judiciorum.

2 Eorum verò impostura, & temeritas tribus modis detegitur, & compescitur: aut enim calumniantur, aut prævaricantur, aut denique tergiversantur. *L. 1. ff. hic.* Calumniari dicuntur, qui falsa intendunt crimina: prævaricari, qui vera supprimunt scelera: tergiversari, qui in universum ab accusatione desistunt. *L. 6. ff. eod.* Caluminatorum pœna olim erat Talio. *L. 7. L. ult. Cod. de Calumniat.* Hodie est arbitraria. Menoch. *de arbit. Judic. lib. 2. Cas. 321.* *Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49.* *thes. 85.* & plures relati à Brunneman. *dict. L. ult. Cod. de Calumniat.* præterquam enim, quòd infamiam caluminatores incurrant, *L. 8. Cod. dict. tit.* omnia damno accusato illata resarcire tenentur. Farinac. *quæst. 15. à n. 8.* Myler *in Struv. dict. loc.*

Quam tamen pœnam evitat 3
Primò, qui justo errore ductus ad accusationem prosilijt, & crimine probando defecit. *L. 1. §. 3. ff. hic. L. 15. ff. de Jure Fisci.* Secundò, sicut tutores, vel curatores in causa pupilli vel minoris accusando: *L. 2. §. 1. ff. de accusat.* Ita quoque parentes liberorum necem vel contra vindicando hanc pœnam à se amoliuntur. *L. 4. Cod. hoc tit.* Aut si hæres defuncti necem, aut quis ex officij necessitate detulerit quemadmodum vult Farinac. *dict quæst. 15. n. 24.* plures casus vide apud Mylerum *dict. loc.* De Prævaricatoribus prolixè & abundè *in lib. 47. tit. 15.* dissertum est, quæ pro notitia ad lubitum legi possunt.

Tergiversari censentur, qui ab 4
accusatione desistunt, non obtenta victoriâ, aut qui cum adversario suo de Compensatione ejus criminis locutus est. *L. 6. ff. hic.* aut accusationem intra determinatum mi-

à Judice tempus non eſt perſecutus. *L. 6. §. 2. & 3. ff. eod.* vel pecuniâ corruptus ad impetrandam abolitonem properat, *L. 2. Cod. de abolition.* Horum pœna eſt infamia, & quinque librarum auri. *L. 3. §. final. ff. de prævaric.* aut etiam pro gravitate commiſſi extraordinaria. *L. 2. Cod. hîc.* in ſpecie autem deſerta ſemel accuſatione eam reaſſumere prohibetur. *L. 2. ff. hîc. L. 3. & 4. Cod. eod.*

5 Quemadmodum autem vix eſt Regula ſine exceptione, ita non deſunt Caſus, quêis aſque pœnæ incurſu ab accuſatione deſiſtere licet: quos inter eſt Primò, ſi de crimine capitali, excepto adulterio, accuſantem inter & accuſatũ fuerit facta tranſactio. *L. 18. Cod. de tranſact.* Secundò, Si mulier ſuam, ſuorúmque perſequitur injuriam, atque ab inſtaurata accuſatione deſiſtit. *L. 1. §. 10. verſ. Turpilliano non plecti.* niſi pecuniam acceptavit, ne accuſationem proſequatur. *L. 23. §. 3. Cod. de adult.* quod de muliere, idipſum de minore aſſerendum eſt per text. *in cit. L. 1. §. 10. ff. hîc.* Tertiam exceptionem adſtruit *dict. L. 1. §. 9. ff. eod.* in eo, qui abolitionem impetravit. Ratio eſt, quia illud, quòd authore Magiſtratu fit, nullam promeretur pœnam. L. *quanquam. ff. de aq. & aq. pluv. arcend.*

6 Porrò abolitio eſt exemptio Reorũ à Crimine, *Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. theſ. 88.* aut juxta Antonium Perez. *in Cod. de abolit. n. 2.* Criminis vel accuſationis abſolutio, & remiſſio. Hæ & plures ſimiles definitiones in effectu non diſcrepant, cùm abolitio nihil ſit aliud, quàm accuſationis & criminis oblitteratio, per quam accuſatus è nnmero Reorum eximitur, & accuſatori neceſſitas remittitur, ut impunè ab accuſatione deſiſtere queat. Duarenus *ff. ad SCtum Turpill.* Theodoric. *cap. 10.*

Abolitio autem eſt triplex, Publica ſeu generalis, privata vel ſpecialis, & denique legitima Prior; 7
per quàm à Principe ad nullius inſtantiam, motu proprio, ob diem inſignem omnium Criminum accuſationes abolentur. L. 8. L. 9. *ff. hîc. L. fin. Cod. de gen. abolit.* Sunt verò dies inſignes Feriæ, propter obtentam victoriam, rem proſperè geſtam, adeptam novi Regni, ſeu provinciæ poſſeſſionem, aut ſimilem publicam gratulationem inſtitutæ. Non tamen hæ abolitiones perpetuum ſortiuntur effectum, ſed finitis ferijs intra 30. dies Reus repeti poteſt. L. 10. §. 2. *ff. hîc.* Si accuſatori libuerit, ſi autem deſeruit accuſationem, elapſis 30. diebus in pœnam SCti Turpilliani non incidit. L. 12. *ff. hîc.* Decian. *lib. 3. cap. 35. n. 3.* Perez. *Cod. de general. abolit. n. 2.* Theodoric. *dict. loc. n. 30.* Huic abolitioni ſimilis eſt Indulgentia Principis, per quam Reo ob cauſam

ſam delicti gratia impertitur, quæ quidem criminis pœnam, non tamen infamiam ſubmovet. L. *ult. Cod. de general. abolit.* niſi pleniſſimè reſtituatur, tunc enim & infamia eſt abolita. Salycet. & plures relati à Brunnemanno *in dict. L. ult. Cod. eod.* Jus autem hoc aggratiandi competit aut Jure proproprio, quemadmodum Imperatori, omnibúſque illis, qui in quavis Republica ſupremam poteſtatem & Majeſtatem ſortiuntur, aut beneficio alterius, quêis à ſumis expreſsè vel tacitè indultum, quemadmodum in noſtro Sacro Imperio Romano vi ſuperioritatis Statibus & Ordinibus. Videatur Lauterbach. *in diſput. de Jure aggratiandi. Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. theſ. 89.*

8 Abolitio privata eſt, quam Judex accuſatori causâ cognita concedit, quando accuſator ſe per errorem, temeritatem ſeu calorem ad accuſationem, citra tamen injuriandi animum ſuas, ſuorúmq; agnatorum, vel cognatorum injurias defenſurus proſiluiſſe fatetur, cujus probatio poſtea difficilis L. 2. *Cod. de abolit.* Ibíque Antonius Perez. *n. 3. Struv. Synt. Jur. Civil. dict. exercit. 49. theſ. 89.* Et quidem re adhuc integra (id eſt, ſi reus carceris moleſtias, catenas, verbera, aut tormenta hactenus non ſit perpeſſus) intra 30. dierum ſpatium etiam Reo invito impertiri poteſt abolitio. Ratio eſt, quoniam talis conceſſio cauſæ adhuc integræ præjudicium generare nequit, Secùs autem, ſi res non amplius integra, & ipſi Reo injuriæ, aut ob adversùs eum inſtitutam accuſationem aliud corporis vel etiam patrimonij damnum jam ſuſtinendum fuiſſet, tunc non niſi eo conſentiente abolitio concedi poſſet. L. 3. *Cod. de abolit. L. ult. ff. hîc.* Perez *dict. loc. n. 3. Struv. in ſupra cit. theſ.* Ibíque Petrus Mylerus.

Quin occurrunt caſus, quêis abolitio peti nequit, quos inter eſt 9
Primus, ſi inſpecta Juris antiqui ratione teſtes torturam ſint paſſi. L. 3. *Cod. de abolit.* quæ Imperatorum deciſio non ſolùm in crimine perduellionis, per quod patria fuit oppugnata, aut prodita, ſed in peculatu quoque locum habet, quinimò ſecundò impeditur conceſſio abolitionis in omnibus delictis, in quibus Judex accuſatorem ad ea omnia probanda adſtringere debet, quæ denuntiavit, Reum verò ad ea, quæ eſt inficiatus. L. 3. *in fin Cod. eod.* Tertiò ei abolitio denegatur, qui vel manifeſtè eſt calumniatus, vel pro abolitione accepit pecuniam. *dict. L. 3. Cod. eod.*

Effectus obtentæ abolitionis 10
eſt, quòd exinde Reus repeti nequêat. L. *mulier. 4. §. fin. ff. hîc. L. 3. §. fin. ff. de accuſat.* Secundò, quòd deſiſtens ſicut non incurrit pœnam SCti. L. 1. §. *abolitio.*

ita nec infamiam. L. 6. §. 3. *ff. de Decurion.*

11 Legitima denique abolitio inducitur primò per mortem Rei, aut accusatoris, aliámve justam causam, ob quam cœpta semel accusatio terminari impeditur: nisi tale sit crimen, cujus actio etiam hæredes constringit, qualia sunt crimina læsæ Majestatis, peculatûs, repetundarum, falsi. L. 15. §. 3. *ff. hic.*

12 Secundò per præscriptionem 20. annorum à die commissi criminis computandorum. L. 12. *Cod. ad leg. Jul. de fals.* Hæc non accusationi duntaxat, sed inquisitioni à Magistratu adversùs delinquentem instituendam opponi potest, officium quippe Judicis subintrat in locum accusationis, omnésque exceptiones, quæ accusatoribus, quoque Judicij objici possunt. Vide Relatos apud Theodoric. *cap. 10. aphoris. 7. n. 34.* Quinimò non tantùm pœna submovetur, sed & obligatio tanti temporis spatio aboletur. L. 17. §. 6. *ff. de injuriis.* Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 1. n. 6.* Mylerus in *Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 91.* Ratio est, quòd præscriptio & satisfactio pari ambulent passu, adeò quidem, ut Reus ob crimen perpetratum, & præscriptione sublatum pro infami haberi, & à legitimo collegio removeri nequeat. Actio tamen Civilis ex crimine orta per hanc vicennalem præscriptionem non tollitur, quatenus enim meram spirat vindictam, eatenùs brevius est præfinitum tempus; cùm sit odiosa: quatenus autem crimen satisfactionem parti læsæ præstandam respicit, eo respectu est favorabilis, & ad instar aliarum actionum 30. protenditur annos Brunneman. in L. 1. *ff. de Jure fisci. propè finem.* Carpz. *part. 3. quæst. 141. num. 47.*

Exempla occurrunt in Stuprata; etsi enim stupratorem elapso quinquennio ob perpetratum criminem accusare nequeat, potest tamen agere ad satisfactionem per 30. annos, sive dein interea in matrimonium fuerit elocata, sivè à parentibus dotata. Berlich. *part. 3. conclus. 38. n. 36.* pariter in accusatione criminali contra furem instauranda, quæ spatio 20. annorum absorbetur; Res autem furto subrepta per 30. annos potest vindicari, pluráque alia, quæ laudatus Mylerus subjicit. Theodoric. *dict. aphoris. 7. n. 38.* 13

Non autem sicut Jus agendi per deductam præscriptionem, ita quoque Jus excipiendi perimitur, paria enim delicta mutua compensatione dissolvuntur. L. 39. *ff. soluto matrim. Cap. final. extra de adult.* nec abolito Jure agendi, quoque Jus excipiendi submovetur, temporalia quippe ad agendum evadunt perpetua ad excipiendum. L. *licet. 5. Cod. de except.* 14

Mi-

Minùs exceptio præſcriptionis in foro animæ protegitur, quoniam diuturnitas temporis delictum non tollit, ſed auget. Verba ſunt: *Cap. fin. extra de Simonia.* ex ratione, quòd differendo pœnitentiam præceptum divinum contempſiſſe cenſetur. *Cap. 5. extra de eo, qui dux. quam polluit.*

Quæ autem Crimina breviori tempore aboleantur, recenſet ſæpè laudatus Mylerus in not. ad Struv. *cit. theſ. 91.* ubi & varia criminum genera deſignantur, quæ præſcriptione omninò tolli nequeunt, hæc collegit. Theodoric. *cap. 10. aphor. 7. litt. D. n. 38.* Lauterbach. *in diſput. de Crim. præſcript. theſ. 23.* Samuel Strickius. *eod. tract. ſect. 3. à §. 3.*

ACTIO

Sive modus procedendi contra reos abſentes

SUMMARIUM.

1. *Abſentes Rei non damnandi, ſed per Citationem ad purgationem criminis vocandi ſunt.*
2. *Quid Juris, ſi intra præfixum tempus abſens moriatur, aut contumax ſit?*
3. *Propter leve crimen levior dictatur pœna.*
4. *Quæ ſit talium abſentium pœna de moribus hodiernis, & Jure Carolino?*

1 TRigeſimam ſextam ſtationem occupat modus procedendi contra reos abſentes. Criminoſos abſentes, causâ non auditâ vel diſcusâ, damnari æquitatis ratio non patitur. L. 1. *ff. hic.* ſatius quippe eſt, ſcelus inultum transmittere, quàm innocentem damnare. L. 5. *ff. de pœnis.* unde priùs ſunt requirendi, atque edictis evocandi, intérque Reos annotandi, non quidem eo fine, ut puniantur, ſed potiùs ut eis concedatur poteſtas ſe purgandi. L. 1. *ff. hic.* Vocatio vel Citatio debet fieri legitimis edictis per trinundinum propoſitis, id eſt, tribus nundinis, quæ nono die ſolebant celebrari. Wiſenbach. *ff. hic. Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. theſ. 93.* At hodie non per trinundinum, ſed juxta cujuſvis loci conſuetudinem edicta ſolent affigi. Teſte Petro Mylero *in not. ad Struv. cit. theſ. 93.* non ſolùm autem Rei citantur, ſed & eorum bo-

bona annotantur, & obsignatur, ne alimenta ex ijs transmitti, adeóque eorum defectu ad comparendum cogi possint, integra tamen interea asservanda sunt. L. 1. *ff. hîc.* nisi quædam, ne mora ea deteriora faciat, alienandi incumbat necessitas. L. *ult. ff. eod.* De qualitatibus ad annotationem requisitis vide Classen. ad Carolin. *art. 206. n. 2.*

2 Quod si intra anni spatium redeat, commissique criminis suspiciones à se amoliatur, aut intra hujus temporis intercapedinem decedat, priori casu bona annotata & obsignata recuperat, posteriori ad ejus successores devolun-tur. L. 1. §. 1. *ff. hîc.* Si verò intra definitum tempus nec redierit, nec justas absentiæ causas alleget, in pœnam contumaciæ bona ejusdem confiscantur. L. *ult. ff. hîc.* & tametsi elapso anno reversus coram Magistratu innocentiam suam defendere attentet, quoad consecutionem bonorum confiscatorum non, benè in ordine ad submovendam pœnam auditur per apertam decisionem Constantini in L. 2. *Cod. hîc.* Ibique Brunneman. *Struv. Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 93.*

3 Quòd si verò crimen pœnam mortis, aut corporis afflictivam non promereatur, sed solummodò relegationis, aut ea minorem, æquè absentes ac præsentes condemnari possunt. L. 5. *ff. de pœn.* Carpz. *part. 3. pract. rer. crim. quæst. 140. n. 3. Struv. dict. loc. thes. 95.* Brunneman. *in L. 5. ff. de pœn.* Perez. *hîc. n. 5.* Quæ Constitutio Juris communis de Reis absentibus non damnandis à varijs gentium moribus abrogata esse videtur. Teste Wisenbach. *ad ff. part. 2. disput. 37. n. 5.* Ubi ait, Itali & Germani præscriptione, Belgæ, exilio, aut bonorum publicatione plectuntur, Galli imaginem absentis supplicio subjiciunt. Exempla executionis in effigie factæ si desideras, plura deducit, & perlustrat Fridericus Gerhardus *in disput. de execut. in effig. Cap. 3. & seqq.*

Qui procedendi modus hodie Juri Carolino non congruit, quamvis enim & de Jure novo bona annotentur, non tamen eo fine, ut confiscentur, atque fuga promoveatur: Carolin. pœnal. *art. 206.* Ibi Classenus. Struv. *Synt. Jur. Civil. exercit. 49. thes. 96.* Ubi præjudicium subjicit. In quibusdam tamen locis Reo legitmè citato, post annum non revertente, bona adhuc hodie confiscantur. Sicut de Jure Bavarico erklärte Lands-Freyheit. *part. 4. art. 9.* Plurimis in locis adversùs Reos absentes proceditur pœnâ Banni. Teste allegato Struv. *cit. loc.* Brunneman. in L. 5. *ff. de pœn. in fine.* Cæteroquin huic materiæ præcipuè subserviunt, quæ scribit Vultejus. *in discept. scholastic. cap. 11.* 4

ACTIO

Judicium, ſive modus de criminibus eruendis.

SUMMARIUM.

1. *Quotuplici modo accipiatur Quæſtio?*
2. *Aliqui depoſcunt, ut plenè conſtet de corpore delicti.*
3. *Alÿ tamen diſtinguunt.*
4. *Refutatur objectio.*
5. *Secundò ad torturam requiritur, ut ob tale delictum pœna mortis naturalis infligi poſſit.*
6. *Utrùm tortura habeat locum in delicto, cui pœna deportationis annexa?*
7. *An in delictis, quibus pœna pecuniaria ſeu carceris eſt præſtituta?*
8. *Quid ſi aliud adhuc admixtum habeat Crimen?*
9. *Ad torturam requitur tertio, ut omnes aliæ deficiant probationes.*
10. *Quartò, ut præcedant ſufficientia indicia.*
11. *Enumerantur perſonæ, quæ torqueri nequeunt.*
12. *Pubertati proximi poſſunt terreri, minores tamen poſſunt torqueri, ſed mitiùs.*
13. *Recenſentur aliæ perſonæ, quæ torturæ non poſſunt ſubÿci.*
14. *Eximuntur quoque ſenes, valetudinarÿ.*
15. *Plures excipiuntur ob dignitatem.*
16. *Quos inter etiam Senatores.*
17. *Tortura abſque ſufficientibus indicÿs illata nullum habet effectum.*
18. *Quintò requiritur Sententia interlocutoria.*
19. *Et prævia de commiſſo crimine interrogatio.*
20. *Et Utrùm innocentiam ſuam poſſit legitimè probare.*
21. *Tortura fieri debet in præſentiâ Aſſeſſorum.*
22. *Recenſentur inſtrumenta torturæ.*
23. *Primus modus eſt territio.*
24. *Deſignatur ſecundus & tertius modus.*
25. *Debet fieri die Juridico.*
26. *An tortura poſſit repeti?*
26. *Et quidem tertia vice?*
28. *Numerantur effectus torturæ.*

1 TRigeſimus ſeptimus locus tribuendus eſt modo eruendi crimina. Vocabulum Quæſtio paſſim in Jure diverſimodè ſolet

accipi: Primò enim ſumitur pro dubio Jure vel facto orto. L. 2. §. *final. ff. de donat.* Secundò accipitur pro publico Judicio. L. 2. §. 32. *ff. de orig. Jur.* Tertiò accipitur in ſenſu hujus Rubricæ pro interrogatione de crimine, quæ inſtituitur per tormenta. L. 15. §. 14. *ff. de injur.* definirique poteſt, quòd ſit Interrogatio per corporis tormenta de crimine commiſſo ad evincendam veritatem à Judice legitimè inſtituta. L. *cit. 15. §. 31. ff. de injur.* L. *1. §. 24. ff. ad SCtum. Syllan.* Henricus Bocerus *tract. de quæſt. & tortur. cap. 1. n. 3.* Amadæus Ekolt. *ff. hic.* §. 2. & quamvis quæſtio & tortura ſæpenumero confundantur, re ipſa tamen diſtant, tortura ſiquidem eſt inſtrumentum, quo quæſtio perficitur. Vulgò die peinliche Frag.

2 Quam ob rem ſi Reus requiſitus copiam ſui facit, & objectum ei crimen, quod ex veriſimilibus ac gravioribus argumentis ab eo perpetratum eſſe arguitur, conſtanter inficiatur, ſolet Judex ſeu Magiſtratus ad quæſtionem per torturam terminandam deſcendere. Ad quam tamen præprimis depoſcitur, ut conſtet de corpore delicti, unde exardeſcit quæſtio, utrùm Judex non poſſit pertingere ad torturæ actum, niſi liquidiſſimè, ac plenè corpus delicti per evidentiam facti, teſtes, inſpectionem corporis delicti, aliáque legitima remedia ſit demonſtratum? Non deſunt operosè defendentes eodem modo conſtare debere de corpore delicti in ordine ad dictandam torturam, quo modo ad concipiendam ſententiam condemnatoriam, quos inter Joſeph. Maſcard *de probat. vol. 2. concluſ. 830. n. 5.* Julius Clarus in *prax. crim. quæſt. 4. n. 1.* Proſper Farinac. *eod. tract. quæſt. 37. num. 33.*

Quorum tamen aſſertioni adſtipulari indiſcriminatim non lubet, 3
ſed interpoſita diſtinctione diſſidium temperare, aut enim adhibita ſingulari diligentia per quævis legtima probandi media Judex vel Magiſtratus ad notitiam commiſſi crimis pervenire poteſt, & in hoc paſſu meo calculo eorum conſigno ſententiam, arbitrórq; Judicem non poſſe ad torturæ actum deſcendere, niſi obtenta priùs de corpore delicti plena probatione. Si autem id omni præmiſſa cura ſortiri nequit, accuſatus verò vel inquiſitus graviſſimis conjecturis, vel etiam teſtimonio unius teſtis omni exceptione majoris eſt gravatus ab eo crimen eſſe patratum, illud tamen conſtanter & præfectè inficiatur, non prævideo, cur non Judex actum torturæ ad ſolidandum Judicium reſumere poſſit. Carpz. *part. 3. pract. rer. crim. quæſt. 108. à n. 18.* quæ aſſertio Conſtitutioni Carolinæ *art. 6.* ſat conformis eſſe videtur, quam in rem ſubſervi-

viunt verba: darzu soll ein jeder Richter in disen grossen Sachen vor der peinlichen Frag / so vil es möglich / und nach Gestalt und Gelegenheit einer jeden Sachen geschehen kan / sich erkundigen / und fleissig Nachfrag haben / ob die Missethat (& post intervallum) beschehen seye oder nicht: Quæ assertio roboratur ex eo principio, quòd gravissimis præsumptionibus & prægnantibus indiciis gravatus pœnæ extraordinariæ relegationis, vel etiam fustigationis subijcj possit, ergò multò magis quoque torturæ submittendus erit.

4 Nec est admittenda paritas inter sententiam condemnatoriam, & dictationem torturæ, cùm, tametsi reus sit confessus, vel per legitimá testimonia convictus, si de corpore delicti plenè non liquet, Judici, non sit data potestas ob quacunque etiam gravia indicia progrediendi ad pœnam ordinariam, secùs verò ad torturam, præsertim in delictis occultis, nulláque vestigia post se relinquentibus, in quibus ex confessione delinquentis potissimùm corpus delicti perquiri debet.

5 Alterum Requisitum ad torturam est, ut tale sit delictum, ob quod pœna mortis naturalis infligi possit. L. 8. Carolin. pœnal. *art. 8.* Ibique Classen. Ratio est, ne media sint acerbiora, quàm ipse finis; absurdissimum enim foret; probationes criminis duriores decernere ipsô suppliciô, sicut ex Statuto Bavarico *tit. 3. art.* 9. in verb. damit die Tortur nicht schwerer seye als die Straffe/die auf daß erwißne Verbrechen gehörig ist/ aliàs enim sequeretur illud, quod directè prohibetur, ne corpus, & membra Rei pœnâ dilacerentur, & conquassentur mediante tortura, permissum esse.

Unde exardescit Quæstio, utrùm in eo crimine, cui pœna 6
deportationis, seu mortis civilis est annexa, tortura adhiberi queat? Negandi Ratio videtur ex superiùs dictis defluere, quoniam ut per relegationem corpus, & membra Rei non conquassantur, sic neque per deportationem, per quam membra, & corpus Rei accusati vel inquisitj illibata perdurant. Sed meo Judicio hæc ratio haud stringit, probabiliùs ergò arbitror, in crimine pœnam deportationis promerente à tortura Judici abstinendum non esse. Videatur Henric. Zoël. *ff. hic. n.* 2. Ratio est partim, quòd sit relegatione longè gravior, partim verò, quòd sit torturâ quoque acerbior, è diversô Judex ad actum torturæ pervenire non debet, casu quo commissum delictum tantùm incurrit pænam perpetuæ relegationis. Antonius Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 13. n.* 2. Julius Clarus *in prax. criminal. §. final. quæst. 64. vers. præ-*

terea. Prosper Farinac. *in prax. crim. quæst. 42. n. 9.* Ex ratione fundamentali, siquidem relegatio nec corporis pœnam afflictivam, nec mortem civilem irrogat, sed Relegatus in omnibus & per omnia tam quoad facultates suas, quàm personam statum civilem retinet inconcussum, per consequens tortura corporis cruciatus inferens longè funestior est, quàm principalis pœna relegationis.

7 Alterum succedit dubium, utrùm torturæ locus pateat, si pœna criminis commissi sit carceris, vel pecuniaria, sed satponderosa? Indistinctè negat Carpz. *part. 3. quæst. 119.* Brunneman. *in* L. *divus 9. §. ult. ff. hic.* ubi Marcianus ait: *sed nec de statu libero in pecuniarijs causis quæstio habenda est:* Cui & ego promptè subscribo, si pœna carceris sit temporalis: Si autem foret perpetua, admodum subsisto, Ratio est, cùm sit pœna durissima, ac mœstissima corporis afflictio, nullúsque prudenter judicabit, perpetuam inclusionem non esse duriorem tortura. Quemadmodum in hoc, ita in illo delicto, cui adhæret pœna condemnationis ad perpetuos triremes, ad torturam deveniri potest. Quando autem est mulcta solummodò pecuniaria, nullúmque aliud concurrit delictum, pœnam mortis, seu corporis afflictivam annexam habens, haud dubiè tortura attentari nequit: per cit. L. 9. *ff. hic.*

Quod si aliud habeat admixtum delictum, ob quod solum Reus torqueri potest, tunc non dubito, quin, Reus quoque torqueri possit. Farinac. *quæst. 42. n. 33. & 34.* Carpz. *part. 3. quæst. 119. n. 37.* Robur hæc sententia sortitur. *ex cap. 1. extra de deposito.* Ubi depositarius ob fraudulentam pecuniarum depositarum negationem quæstioni subijci jubetur, quo loco Alexander Tertius rescribit, *nam & Judicibus dedimus in mandatis, ut illum iniquum sub quæstionibus ad rationem ponant.* Etiamsi oportuerit vinculis alligatum, ut dictam pecuniam reddere compellatur, cùm igitur, in facti serie *cit. Capit.* contentâ concurrat Crimen furti, tortura neganti depositum est decreta. Haud absimilis ratio militat in dolosis, ac versutis decoctoribus, & Mercatoribus, quos passim fallitos vel Banckorottspiler appellare vulgus solet, hi si pecunias, aut chyrographa, nec non privatos rationum libros in perniciem suorum creditorum edere recusant, eósque non ampliùs existere præfractè abnegant, etsi ex se loquendo sint causæ merè civiles, concurrit tamen publicum Crimen Falsi, cujus in libero homine pœna est deportationis. L. 1. §. *fin. ff. ad leg. Cornel. de fals.* Præterquam quòd hæc impostura naturam furti 8

ti induere videatur, per consequens cæteris paribus tales torturæ subjiciendos esse, vix quis dubitabit. Videatur Carpz. *part. 3. quæst. 119. n. 38.* & plures relati à Theodoric. *cap. 9. aphoris. 9. n. 13.*

9 Tertium Requisitum ad torturam est, ut omnes aliæ delicti probationes deficiant, ratio est partim, quia tortura tanquam membrorum humanorum conquassatio est odiosissima, & remedium duntaxat subsidiarium, adeóque ad illud neutiquam confugiendum, nisi cessantibus omnibus investigandæ veritatis medijs, per textum expressum *in L. edictum. 8. ff. hic.* in verb: *cùm capitalia, & atrocia maleficia non aliter explorari, & investigari possunt, quàm per quæstiones efficacissimas &c.* Cui subsequens textus adstipulatur in L. 9. *ff. eod. L. 12. Cod. eod.* in verb. *Si aliis probationibus veritas illuminari non possit:* partim verò, quia obtento fine frustra perquiritur medium ad finem obtinendum collimans, si autem veritas delicti aliunde jam habetur, per torturam, seu quæstiones conquiri ampliùs non debet. Nec etiam meo Judicio eo casu, quo legitimè convictus constanter negat, ad manifestandam veritatem compelli debet. Farinac. *in prax. criminal. quæst. 40. n. 4.* Julius Clarus *in prax criminal. §. final. quæst. 64.* probatúrque ex L. *qui 16. Cod. de pœnis.* Ubi dicitur, Judici ad sententiam condemnatoriam procedere non licere, nisi Reus sit convictus, vel confessus, est autem explorati Juris, quòd quando duo alternativè deposcuntur, uno existente actus seu negotium suam recipiat perfectionem, adeóque Reus legtimè convictus non obstante ejus pervicacj negatione pœnæ ordinariæ subdendus erit, ex ulteriori ratione; quia tortura est subsidium inventum ad imperfectam probationem complendam, si igitur jam est perfecta, pessimè confugeretur ad subsidium, aliàs enim potiùs in locum pœnæ, quàm Remedij succederet, nisi fortè ad evincendas circumstantias, & qualitates pœnam delicti aggraventes. Covar. *quæst. pract. cap. 23. n. 5.* Julius Clarus *in prax. crim. §. fin. quæst. 64.* modô tamen & de his sufficienter sit gravatus.

Quartum Requisitum est, ut 10
præcedant sufficientia indicia, ad minimum semiplenâ majorem, non tamen plenam adstruentia probationem. L. 1. §. 1. *ff. de probat.* Ratio est tum, ne subjectis torturæ infamia & corporis damna innocenter irrogentur, tum etiam ne ob cruciatum dolores à se amoliendos quid confiteantur, quod ab ipsis nec est commissum, nec unquam cogitatum.

Postremum denique Requisitum 11
est, ut persona torquenda non sit

privilegio præmunita. In genere enim est Regula, quòd quilibet possit torturæ subijci, nisi sit specialiter exemptus: Excipiuntur autem personæ quædam, ut plurimùm ex triplici capite. Primò, ob defectum Judicij. Secundò, ob corporis infirmitatem. Postremò propter dignitatis prærogativam. Ex primo capite torqueri nequeunt Impuberes infra decimum quartum annum ætatis suæ consistentes. Per textus apertos in L. 10. *ff. hic.* L. 1. §. 33. *ff. de SCto Syllan.* ex ulteriori ratione, tum quoniam tortura non potest adhiberi, nisi in delictis pœnam mortis afflictivam promerentibus, at est communissima persuasio, impuberibus regulariter non posse decerni pœnam mortis, tum quia tortura est periculosum perquirendæ veritatis remedium. L. 1. §. 23. *ff. hic.* eámque ob rem pertimescendum est, ne impuberes in tenellâ hac & timidiâ ætate commissa quædam confiterentur, quæ ab eis nec cogitata.

12 Etsi autem pubertati proximis vera non possit dictari tortura, terreri tamen, aut ferulâ cædi non prohibentur. L. 1. §. 33. *ff. de SCto Syllan.* dixi pubertati proximis, infantibus enim & infantiæ proximis nec territio, nec levis tortura præstitui potest, cùm non sint doli capaces. L. 4 §. 26. *ff. de dol. mal. & met. except.* adeòque delictum eis imputari nequit. Non autem ut impuberes, sic & minores, à tortura sortiuntur immunitatem. *per L. 1. & 2. Cod. si advers. delict. L. 9. §. nunc videndum. ff. de minor.* Mitiùs tamen cum his, quàm cum majoribus agendum esse monent Criminalistæ apud Farinac. *quæst.* 41. *n.* 2.

Secundò, ob defectum Judicij 13 torqueri non debent Amentes, & Furiosi non solùm ob delictum in amentia, séu furore commissum, sed etiam antecedenter perpetratum, ratio est per se manifesta, quia hi torturæ finem ignorant, & absentibus, vel omninò mortuis similes habentur. L. 2. §. *furiosus. ff. de Jure Codicill.* Quos inter summâ melancholiâ oppressi recensentur. Theodoric. *cap.* 9. *aphoris.* 10. Carpz. *part.* 3. *quæst.* 18. *n.* 18. Tertiò excipiuntur Muti, & Surdi à natura Farinac. *in prax. crim. quæst.* 41. Gomez. *var. resol. tom.* 3. *cap.* 1. *n.* 69. *in fine.* Zang. *de quæst. & tortur. cap.* 1. *n.* 44. Ratio est duplex, tum quòd nulla confessio perceptibilis ab eis exprimi possit, tum quod ex confessione signis declarata condemnari nequeant: Si autem ex accidenti solum in calamitatem illapsus, litterarum gnarus, mentísque compos foret, etiam sub tormentis in scripto interrogandus, & ab eo in scripto respondendum esset, ne delicta in perniciem Reipublicæ supprimantur. Henricus Bocerus *de quæst. & tortur. cap.* 4. *n.* 13.

n. 13. Huic deductioni conformis assertio est formanda de illo, qui discretè laborat vitio, si enim est surdus duntaxat, interrogatoria ei in scriptis erunt exhibenda, quêis verbis respondere debet, è diverso si est mutus, verbis erit interrogandus, & ex scripto Responsio erit petenda. Zanger. *de quæst. & tort. cap.* 1. *n.* 46. Nec refragatur textus in L. 3. §. 8. *&* 10. *ff. de SCto Syllan.* Sermo enim inibi est de surdo & muto, qui nullam litterarum habet notitiam. Cæcus autẽ & prodigus declaratus nullâ hoc in passu sortiuntur im̃unitatẽ. L. 3. §. 9. *ff. de SCto Syllan.* & ratio ulterior est, quoniam licèt prodigus in ordine ad contrahendam obligationem æquiparetur furioso, in delictis tamen indistinctè æquiparatur Minori.

14 Ob corporis infirmitatem torqueri nequeunt Senes decrepiti, excedentes annum ætatis septuagesimum. L. 3. 7. *ff. eod.* Ratio est partim corporis in firmitas, partim Judicij imbecillitas, nam sæpenumerò solent delirare in senium vergentes. Arbitrium tamen Judicis qualitatem personæ ponderantis multùm operabitur, hoc in casu, Si tales senes adhuc sint robusti & absque sanitatis jacturâ tormenta sustineri possunt, vix à tortura erunt exempti. Vide, quæ in hanc rem scripsit Farinac. *in pract. crim. quæst.* 14. *n.* 28. Ad hanc classem accenseri possunt Valetudinarij, qui absque periculo vitæ torturam non possunt perferre, Hi à verbali territio nc non sunt immunes. Carol. pœnal. *art.* 59. Ratio est, quia tortura est modus inquirendi, non autem nocendi, eámque ob rem tortura ita semper debet esse comparata, ut Reo innocentia, vel supplicio salus servetur. L. 7. *ff. de quæst.* Huc etiam reducitur Mulier gravida ob periculum partûs. L. 3. *ff. de pœn.* Manz. & Classen. *ad art.* 59. *cit. Carol.* Carpz. *pract. rer. crim. part.* 3. *quæst.* 118. *n.* 51. Quêis concordat in Patria nostra Malefiz. procesſ. *tit.* 3. *art.* 9. absque discrimine, útrùm legitimâ, seu quavis illegitima copula sit impraegnata. Gomez *var. resol. tom.* 3. *cap.* 13. quin nec post editum partum torqueri potest infra 40. dies, ne ob corporis debilitatem mors, aut grave sanitatis periculum immineat. Farinac. *dict. quæst. n.* 79. allegat. Malefiz procesſ. *dict. art. in fine.*

Tertiò à tormentis tuetur Dignitatis prærogativa. L. 10 *Cod. de dignitat.* & quidem Primò Duces, Principes, Comites, Barones; siquidem hi de hodierna Imperij facie eadem fulgent dignitate, qua olim Proconsules, Prætores, Præsides, aliique spectabiles, & clarissimi viri. Besold. *de Jurisdict. Imperij in præfat.* qui omnes antiquitùs à tortura erant exempti. 15

L. 10.

L. 10. *Cod. de dignitat.* ergò & hodie illi, qui eos repræsentant. Secundò Nobiles, cùm & hi dignitatis honore perfruantur. L. 4. *Cod. ad leg. Jul. Majest.* Antonius Gomez *dict. tom. 3. var. resol. cap.* 13. *n.* 3. Quêis assentitur Patriæ nostræ Criminalis Processus. *tit.* 3. *art.* 9. His accensentur Doctores, & Licentiati, qui in nobilitatis gradu collocantur. L. 2. §. *final. ff. de excus. tutor.* Ubi Ulpianus nobilis appellatur. Videatur Tyraquell. *in tract. de nobil. cap.* 5. *à n.* 3. aliíque relati à Bocero *de quæst. & tortur. cap.* 4. *à* 51. Tertiò dignitas eximit milites. L. 8. *Cod. de quæst.* Carpz *part.* 3. *quæst.* 118. *n.* 73. aliqua nimirùm dignitate præfulgentes, quales sunt Capitanei, aut gradu eminentiori collocati, ratio est, quia & hi nobilitatis privilegio donantur: assertio hæc haud ad quosvis milites gregarios protendenda est. Carpz. *dict. loc. n.* 74.

16 Quartò Dignitas defendit Senatores in Civitatibus Imperialibus, quin etiam Decuriones in præcipuis municipibus, vulgò die Raths-Verwandte. Farinac. *quæst.* 41. *n.* 57. jungatur. *cit. Malefiz. process. allegat. art.* 9. Cessat tamen hoc privilegium in criminibus exceptis, seu ne fandissimis, quemadmodum latè deducit Carpz. *dict. loc. à n.* 86. Testes quoque possunt torqueri, si aliunde veritas exquiri non possit, Reúsque urgentibus indicijs gravatus sit. L. *unius* 18. §. 3. *ff. hic.* Zangerus *de quæst. & tort. cap.* 1. *n.* 9.

Illud hoc loco est subnotandum, 17
quòd si personæ exceptæ, vel etiam non exceptæ absque sufficientibus indicijs torqueantur, subsecuta confessio nullum sortiatur effectum, & confitenti nullum generetur præjudicium. Antonius Gomez. *var. resol. tom.* 3. *cap.* 13. Farinac. *dict. quæst.* 41. *n.* 95. Ratio est, quia actus contra legis dispositionem factus, est ipso Jure nullus. Quin imò Judici injustè aliquem torquere imperanti resisti potest. Per text in L. *omnes* 33. *Cod. de Decurion.* in verb. *quoniam ut pertinaciæ Judicis resistat, liberam eidem permittimus facultatem.*

His igitur præmissis succedit 18
Modus, qui in tortura servari debet, percurrendus, in quo antequam Judex ad torturæ actum descendat, super indicijs legitimè probatis, & à Reo per exceptiones non sufficienter elisis interloqui, atque decretum de Reo certa die torquendo pronuntiare debet. L. 2. *ff. de appellat. recip.* in verb. *in quæstionem habendam Judex interlocutus.* Carol. pœnal. *art.* 45. ibíque Classen. Ratio deducitur *ex cit. L.* cùm quando contra legis dispositionem torturam inferre parat, Reus appellare posset. Conferantur relati à Zangero *de quæst. & tort. cap.* 4.

ad

addatur Patriæ nostræ *Malefiz. Processf. ad art. 8.* Nec obstat, quòd de Consuetudine in criminalibus à sententia condemnatoria non amplùs detur appellatio. Gaill. *de pace pub. lib. 1. cap. 20. n. 26.* eò quòd nemo condemnetur nisi confessus, vel convictus, qui beneficio appelationis de Jure communi privatur. L. 2. *Cod quorum apellatio non recip.* ergò meritò contraria consuetudine appellatio est remota, secùs est in interlocutoria de Reo torquendo, à qua si Reus foret gravatus, adhuc hodie appellare potest. Emericus à Robach, *in processf. crimin. tit. 5. cap.* 18. & plures relati à Zanger. *dict cap. 4. n. 3.*

19 Secundò deposcitur, ut Judex ante actualem tormentorum illationem reum de commisso crimine in præsentia duorum Assessorum, & actuarij cum comminatione tormentorum interroget. Ratio est, quoniam tortura est remedium subsidiale, quod non nisi omnibus alijs deficientibus locum sibi vendicat, & tametsi de Jure communi pro aliquo necessario ad torturam requisito præsentia Accusatoris præstituatur. L. 1. Ibique Gloss. *Cod. de Custod. Reor. & L. si postulaverit 27. §. 7. ff. ad leg. Jul. de adult.* de praxi tamen, & consuetudine nec accusatoris præsentia, nec ejus petitio, seu instantia ad torturam est necessaria, Julius Clarus *§. final. quæst. 64.* Ratio est, quia indagatio veritatis soli Judicis officio incumbit.

Casu verò, quo Reo facta est 20 comminatio de tortura actualiter inferenda, Reus autem, eâ non attentâ, in sua negatione perduret, atque crimen objectum à se neutiquam perpetratum esse protestetur, tunc pro tertio requirunt, ut Judex eum ulteriùs interroget, an ergò suam innocentiam legitimis probationibus docere velit, aut possit, quæ interrogatio ante actum torturæ necessariò est præmittenda, Ratio est, quoniam facilè posset contingere, quòd Reus instantis periculi metu perturbatus, aut omninò tædio vitæ affectus, suam innocentiam, probare aut non cogitet, aut nollet, eámque ob rem Magistratus, seu Judex defensiones ex officio inquirere debet, congruentius enim est Juri, & ejus æquitati impunitum dimittere, quàm innocentem condemnare. Carolin. pœnal. *art.* 47. in quem finem saltem in puncto Juris Reo actorum copiæ communicandæ veniunt, prout latè deducit, & ex text. Author. probat. Farinac. *quæst. 39. per tot.* Ratio est, quia omnis via innocentiam suam demonstrandi Reo est aperienda, omnia media præstituenda: quinimò denegata Judiciorum copia totum processum ipso Jure irritat. Juxta eos, quos allegat Farinac. *dict. quæst. à n. 91.*

 Quar-

21 Quartò exigitur, ut actualis tortura fiat in præsentia Judicis, & duorum Assessorum unacum Actuario. *L. custodias 12. ff. de pub. Judic.* Carol. pœnal. *art.* 47. §. so in der jeßt gemeldt, Malefiz. process. *cit. tit.* 3. *art.* 10. *in fine.* Nec licet Judici tortura durante discedere, sed accuratè ad eam attendere debet, qualiter fiat, qualiáque Reus variatione faciei edat signa, an leviter, an graviter sentiat, præcipuè verò, an carnifex, & lictores modum excedant. Actuarius autem ea, quæ remissâ tortura, relaxatísque tormentis Reus fatetur, fideliter annotet. Carol. pœnal. *art.* 58. Bocerus *de quæst. & tort. cap.* 5. *n.* 35. Zanger. *eod. tract. cap.* 4. *n.* 15. illa quippe, quæ fatetur sub ipsis tormentis, ideò annotanda non sunt, quoniam à veritate alienum esse videtur, aliquem tantis tormentorum cruciatibus constrictum posse delicti circumstantias in memoriam revocare & designare. Quemadmodum in terminis loquitur post Carpz *part.* 3. *quæst.* 124. *n.* 27. Classen. *ad art.* 58. *in fine.* Conferatur *Manz. eod.* præter Judex singulariter attendere debet, ne super unum Articulum plura formet, aut proponat interrogatoria, pluráque conglomeret facta, ne perturbetur: Interrogatoria autem oportet esse succincta, & compendiosa, factóque congruentia.

Porrò torturæ instrumenta sunt plerumque Primò Polletrum vulgò der Daumenstock. quod ad pollices constringendos deservit. Secundò, funiculi subtiliores, ac durissimè contorti, quêis carnifices juncturas manûs arctissimè constringunt. Tertium est, quando Rei manibus, subinde pedibus ad tergum simul ligatis in altum elevantur, atque taliter sublati aliquandiu suspensi detinentur. Si autem qualitas delicti, Rei contumacia, & indiciorum gravitas aliud suadeant, pondera pedibus annecti, aut funis, ex quo pendet in alto, per intervalla Baculo quassari potest, ut in omnibus totius corporis partibus, & articulis dolores augeantur. Quartum in Impuberibus usus virgarum est receptus. 22

Circa gradus torturæ admodum variant Criminalistæ, plerúmque tamen tres usu sunt recepti, qui in patria nostra usurpantur. *Arg. tit.* 3. *art.* 10. *Malefiz. process.* Primus gradus torturæ largè sumptæ est Territio, quando videlicet Judex non verbis modò minatur torturam, sed Reum ad locum torturæ destinatum à lictoribus duci, & à Carnifice tormenta ostendi imperat. Dixi *torturæ largè sumptæ*, non enim ab omnibus pro torturæ specie habetur Territio. Zanger. *de quæst. & tortur. cap.* 1. *n.* 89. Carpz. *part.* 3. *quæst.* 125. *n.* 62. Manz. 23

Manz. *decis. palat. quæst.* 88. Est autem locus huic gradui, casu quo indicia sunt levia, & ad actualem torturam non sufficientia.

24 Alter gradus est, quandò, modò superiùs jam annotato, Reus elevatur, & per spatium unius *miserere*, vel etiam diutius suspensus detinetur. Ad quem gradum ascendunt Judices, quando Indicia plenè sunt probata, crimen tamen adeó atrox non est, aut si quidem crimen atrox, Reus tamen debilis atque infirmæ virium compagis est. Conferantur, quæ in hanc rem scripsit. Farinac. *quæst. 38. n. 44. & 45.*

Ultimus & torturæ gravissimus gradus est, quando Reus in fune suspensus detinetur, uno vel pluribus, ad summum tamen tribus grassatur ictibus, ad quem gradum perveniunt, si Reus sit Robustus, atque ob prægnantia Indicia præcipuè suspectus, torturámque quasi aspernari videatur. Farinac. *dict. quæst. 38. à n. 46.*

25 Tempus si consideretur, quo actus torturæ instaurandus, dies sunt non feriati, & quidem ea hora, qua Reus est adhuc jejunus, & si ex causa post prandium fieri deberet, nonnisi post sex horas à sumpto prandio, quo tempore digestio facta, & sanitas non ita periclitari præsumitur. Alias rationes vide apud Julium Clarum *lib. 5. Sent. §. fin. quæst. 64. n. 3.* Carpz. *part. 3. quæst. 124. n. 5.*

Ex his igitur hactenus deductis 26 subnascitur Quæstio, utrùm tortura possit repeti? Quæ controversia distinctione solvitur; aut enim Reus sustinuit semel tormenti genus, personæ, indiciorum certitudini, gravitatique conveniens? & tamen nihil est confessus? In hoc specifico casu tortura non est repetenda, sicut tradunt passim Criminalistæ. Vide Julium Clarum in *dict. quæst.* 64. Malefiz. processf. *tit. 3. art. 13. in princip.* Ratio est, quoniam per torturam semel perlatam pugnantia adversùs se indicia absolutè sunt purgata, adeóque si quid in tortura absque novis indicijs restaurata confiteretur, talis confessio foret ipso Jure nulla: Si autem delictum semel confessus, altero forte die extra conspectum tormentorum confessionem suam revocat, atque falsè ob corporis cruciatus se confessum esse prætendit, tortura erit repetenda. Ratio est, quia indicia non videntur sufficienter purgata ob factam negationem, quin imò ex tali variatione, & negatione resultat novum indicium ad torturam. Arg. *L. de minore §. plurimum L. ex libero ff. hic.* Conferatur in terminis Antonius Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 13. n. 26. circa finem.* Bocerus *de quæst. & tort. cap. 5. n. 38.*

Quod si ad confessionem ratificandam denuò torturæ subjectus 27 negationem non continuat, sed

rursus fatetur delictum, ad Bancum Juris, & ratificationem deductus iteratò negat, poterit tertia vice torqueri, sed ulterius, etsi neget, nemo torqueri potest. Farinac. *quæst. 36.* Anton, Faber. *Cod. de quæst. defin.* Si autem revocationis suæ tales afferret rationes, ex quibus confessio erranea, vel metu facta liqueret, tortura neutiquam est repetenda. Carolin. pœnal. *art. 57.*

28 De effectibus Torturæ diversi modè concertant DD. sunt enim, qui opinantur Reum, qui in tortura constanter negavit delictum, & omnia indicia purgavit, sub cautione fidejussoria, aut si fidejussores habere nequeat, sub juratoria, de se toties sistendo, quoties est requisitus, carcere liberandum, & dimittendum, adeóque causam jndecisam esse relinquendam, donec de innocentiâ, vel culpâ liqueat. Videantur relati apud Zanger. *de quæst. & tort. cap. 5. d. n. 2.* Classen. *ad art. 61. Carol. pœnal.* Alij autem putant saltem juxta consuetudinem Italiæ, Reo pœnam extraordinariam dictandam esse *Jul. Clar. in pract. Crim §. final. quæst. 64. n. 38.* Cui adstipulantur ea, quæ jn hanc rem scripsit Ferdinandus Waizenegger in *disput. de malefic. thes. ult.* Communior tamen sententia asserens est, Reum in hoc casu definitivè esse absolvendum, rationem dant, quoniam omnia indicia per torturam sunt purgata, ac perinde habetur, ac si puram veritatem pronuntiâsset. Nicol Boër. *decis. 136. n.* 12. partim autem, quòd purgatis Indicijs nihil superfit, unde Judex ad ulteriora posset progredi. Conferatur Gomez. *var. resol. tom. 3. cap. 13. n. 28. Bocer. de quæst. & tort. cap. 5. n. 49. Carpz. part. 1. quæst. 33. n. 72.* Hartmann Pistor. *obs. 125. n. 21.*

ACTIO

Sive Remedium, contra Judices malè judicantes, vel Officiales malè administrantes præstitutum.

SUMMARIUM.

1. *Quibûs Qualitatibûs Officiales ornatos esse oporteat.*
2. *Quando crimen Syndicatûs committere, &*
3. *Quando litem suam facere dicantur.*
4. *Quale oriatur exinde remedium.*

An

5. *An Judex teneatur injustum Principis mandatum exequi.*
6. *Exponitur Text.* in L. 20. Cod. de pœnis.
7. *Notatur illatio.*
8. *Utrùm delinquat sententiam pronuntiandò contra communem opinionem.*
9. *Utrùm sequendo pravum consilium.*
10. *Quid, si fiducia officij subditum verberaverit.*

1 POstremò locò hanc septimam Pandectarum partem terminat Actio, sive Remedium contra Judices malè judicantes, & Officiales malè administrantes præstitutum. Qualitates & virtutes, quêis illos, qui officijs publicis præstituuntur, ornatos esse oporteat, præter alios graphicè describit Seneca *in Epistol. ad Lucill.* in verb. *Ut cognoscas, quales eligi Magistratus conveniat, sic habeto: oportet illos esse in sententiâ justos, in verbis veraces, in actionibus honestos, in exercendâ Justitiâ mites, ante omnia in accipiendis donis abstinentissimos.* Prolixiùs & specialiùs has qualitates prosequuntur citati à Nicolao Myllero ab Ehrnbach *in Hyparcholog. cap. 6. à n. 1.* Damhouder. *in prax criminal. cap. 131.* Knipschild. *de Civitat. Imperial. lib. 5. cap. 5.* Neque immeritò has dotes in Officiali desideres, commissa enim officia sunt publicæ functuræ, & Dei administrationes ad ministerium populi seu gregis Dominici constitutæ; in terminis Damhoud. *cit. cap. 131. à n. 1.* Hinc graviter delinquunt Reges, Principes, aliæque Respublicæ officialem inhabilem scienter ad ad Reipublicæ administrationem promoventes, fiúntque coram Deo rei injuriæ subditis illatæ, cùm in Principem tanquam Auctorem omnis redundet culpa; ubi notanda est Doctrina Guevaræ *in horolog. Princip. lib. 3. cap. 6. n. 472.* asserentis: *privatus civis tantùm de suâ vitâ, sive bonâ, sive malâ, respondere tenetur, at Princeps tum de vitâ nequiter actâ, tum de Reipublicæ administrandæ neglientiâ rationem reddere.* Quam ob rem non munus seu officium Personæ, sed officio Persona est præficienda, juxta commune adagium, man solle die Aempter mit Persohnen versehen / nit die Persohnen mit Aempteren. Videantur relati à Nicolao Myllero ab Ehrnbach. *allegat. tractat. cap. 6. §. 2.*

2 Ex quibus dubium oritur primò, quale sit præstitutum remedium adversùs Judicem, qui se Crimine Syndicatûs maculavit? Dicitur autem Judex, seu alius etiam Officialis crimen syndicatûs committere, quando functuram suam fraudulentâ machinatione, & quidem ex propositô administrat,

 quod

quod contingit 1. quando Judex litem dolosè ita protelavit, donec instantia sit elapsa; *L. properandum §. si autem 8. Cod. de Judic. L. hoc quoque Cod. de sponsalit. largit.* 2. Si in eadem causâ simul Advocati vices sustinuit. *L. quisquis 6. Cod. de postul.* Ibique Brunneman. Theodorus Tuldenus *Cod. eod. n. 6.* 3. Si Judex, interpositâ à partibus appellatione, non omnia Acta & necessariam causæ instructionem edidit, Acta enim supprimens dolô non caret. *L. in causâ 15. Cod. de Appellat.* & ibi Brunneman. Gaill. *lib. 1. observ.* 143. Mynsinger. *Centur. 1. observ. 11.* 4. Si appellationi omninò non detulit, cui de jure erat deferendum, aut aliô quovis modô justitiam denegavit, quemadmodum si probationes non recepit. *L. venales 7. Cod. quando provocar. opus non est.* Decianus *in prax. criminal. Libr. 8. cap. 41.* Menoch. *de arbitr. Judic. quæst.* 72. Quotiescunque ergo Judex vel alius Officialis ex favore, gratiâ, odiô, vel sinistrô affectu partem in administratione læsit, in crimen syndicatûs illapsus esse asseritur in *L. fin. Cod. de pœn. Judic. male Judicant.* Julius Clarus. *in §. final. quæst. 73.* syndicatûs crimen quasi in compendio constringi potest in Justitiam denegatam, neglectam, retardatam, & malè administratam. Conferatur Paris de Puteo *in tract. de syndicat. in verb. qualiter probetur.*

Porrò si Judex dolô malô judicavit, aut aliud officium fraudulentâ machinatione administravit, pérque id læsionem parti intulit, litem facit suam; *L. fin. Cod. de pœn. Judic. male judicant. L. 13. §. si autem. Cod. de Judic.* Hartprecht, & comuniter DD. *in princ. Inst. de obligat. quæ ex quasi delict.* Litem enimverò suam facere aliud non est, quàm obstringi ad omne damnum, quod inde consurgit, reparandum. Obligatur igitur ad totam litis æstimationem, adeóque ad solidum litis dispendium solvendum, partémque indemnem servandam. *cit. L. properandum §. si autem Cod. de Judic.* Wurmser. *Libr. 1. tit. 1. observ. 1. n. 2.* Haersolte *in adversar. de action. part. 7. act. 72.* Lauterbach. *ff. de extraord. cognit.* 3

Unde oritur Actio in factum personalis, Civilis, ex parte Actoris Rei persecutoria, ex parte Rei pœnalis, cujus causa remota est delictum, proxima est obligatio; datur parti læsæ, hujúsque hæredibus, adinstar aliarum actionum ex delicto descendentium, & damnum pecuniarium persequentium, contra Judicem malè judicantem: multùm tamen refert, utrum per imprudentiam, vel propositam malitiam Judex iniquè causam determinaverit; priori enim casu non in totum interesse, sed juxta diversitatem circumstantiarum pro arbitrio Judicis justi condemna- 4

natur. *Text in princ. Inst. de oblig. quæ ex quasi delict. L. final. ff. de Extraordin. cognit.* Ibique DD. & in specie Brunnemann. aliique adducti à Nicolao Myller ab Ehrnbach. *dict. tractat. cap. 11.* §. 10. Ratio diversitatis est, quia in delictis culpa non æquiparatur dolo; *§. 6. Instit. de suspect. tutor. L. 7. ff. ad L. Cornel. de sicar.* Videatur Hartprecht *in dict. §. 6.* & alij *ibid.* Relati; unde & hoc casu id, quod solvit, à parte, pro quâ sententiam tulit, repetere potest, *arg. L. missi 7. Cod. de exact. tribut.* cujus rationem præbet generalis regula, quòd nemo debeat locupletari cum alterius jacturâ. *Cap. locupletari de R. I. in 6. L. hoc natura ff. de condict. indebit.* Secùs est in priori casu, quô dolô judicavit, tunc enim litem absolutè facit suam; in dubio verò non præsumitur ex dolô vel malitiâ & adversùs propriam conscientiam, sed potiùs ex imprudentia malè judicâsse, Ægidius Bossius *in tract. crimin. tit. de official. corrupt. n.* 19. Mynsinger *respons.* 90. Ratio est, quoniam præsumptio semper stat pro Judice vel officiali. *L. 2. Cod. de offic. civil. Judic. ibique* Brunneman. Mævius *part.* 1. *decis.* 1. & relati à Farinaceo *consil.* 207. *n.* 9.

5 Hinc gravis exardescit quæstio, utrùm Judex vel alius officialis teneatur injustum Principis mandatum executioni mandare, & si illud exequatur, an dolô facere censeatur? Ego distinguendum esse autumo, aut enim mandatum refragatur Juri Divino & Naturali, & atroces atque crudeles complectitur atque imperat executiones, & tunc officialis illud exequendô in dolo esse censetur, ratio est, quia tales actus non sunt in Jurisdictione Principis, licet enim sit magnus Cæsar, major tamen est Veritas, videatur Baldus *in L. Æmilius ff. de minorib.* & latè Pinellus *de rescind. vendit. part. 1. cap. 2. per tot.* Adeóque impunè illi non parent officiales, si verò parent, hoc ipsô terminos à Déo & Naturali ratione præfixos transiliunt, per consequens dolosè agunt, cùm potiùs teneantur ad delicta omni possibili modestiâ replicare, prout eleganter docet post Thomam Grammaticum Nicol. Myllerus ab Ehrnbach *in sua Hyparchol. cap. 11. §. 19.* Ubi §. 20. subjicit responsum Mathæi de Afflictis Friderico Regi Arragonæ datum; aut verò mandatum Principis est adversùs Jus Civile vel utilitatem publicam, aut denique continet vindictam contra subditos, tunc, si injustæ & acerbæ sunt tales vindictæ, officiales & Judices non statim debent ad executionem decurrere, sed eam ad trigesimum usque diem differre, per textum apertum *in L. si vindicari 20. Cod. de pœn.*

Textum hunc auro pingendum 6
esse

esse tradunt relati à Myllero *dict. loc.* §. 29. est enim Rescriptum Imperatoris Theodosij, ad cujus aures cùm perlatum esset, impetu furentis populi apud Thessalonicenses militem fuisse interfectum, hujus facti atrocitate commotus populum Circenses ad Ludos convocari, & indifferenter à militibus trucidari jussit; ob quam immanitatem cùm Præsules Italiæ, & præsertim S. Ambrosius in Imperatorem vehementiùs inveherentur, publicè pœnitentiam egit, & statuit, ut si Princeps vindictas & neces præter imperandi & regendi morem & normam imperaret, executio ad intervallum 30. dierum suspendatur, intra quod ab Officialibus Princeps informari, ac deliberare queat, an mandatum ab æquitatis tramite non abhorreat, hincque lenitati locus sit aperiendus, *Novell. 17. cap. 4.* quæ Constitutio à Jure Sacro singulariter recepta & canonizata est *Canon. 69. caus. 11. quæst. 3.* de encomijs, ratione, & utilitate cit. Constitut. *in L. 20. Cod. de pœn.* Videantur Cassanæus *in Catalog. glor. mund. part. 5. considerat. 24. §. 96.* Menoch. *consil. 98. n. 64.* Salijcet. *in cit L. 20. Cod. de pœn.* Fundamentalis autem Juris ratio est, quia Rescripta, quæ lædunt Jus tertij, aut statum Reipubl. conturbant, præsumuntur importunitate impetrantium obtenta, adeóque nullius rationis esse; *L. 2. Cod. de precib. Imperat. offer.* quòd si verò Princeps, rejectâ informatione & replicatione ab officiali legitimè factâ, mandatum repetit, ei erit obtemperandum, per *L. servo invito §. cùm Prætor ff. ad SCt. Trebell. L. penult. ff. de J. & J.* Ratio est, cùm non sit in arbitrio subditorum judicare de imperio Majestatis, ne inde occasio tumultûs & rebellionis nascatur. Tuldenus *Cod. de Mandat. Princip. n. 2.*

Ex hac deductione infertur, quòd, si Judex injustis Decretis & mandatis, absque ulteriori replicatione & informatione, obtemperet, Judicium & litem suam faciat, ratio est, quia mandatarius, si mandatum est injustum, non obligatur, ergo, si ad executionem decurrit; ob mandatum superioris non excusatur. *L. 6. Cod. unde vi.* 7

Alia hic non minùs famosa exardescit controversia, utrùm Judex pronuntiando sententiam contra communem opinionem litem faciat suam, hácque actione in factum pulsari queat? Affirmativæ adstipulatur. Montanus *de finit. regund. cap. 3. §. 3. n. 24.* & alij relati à Nicolao Myllero ab Ehrnbach *dict. tractat. cap. 20. §. 10.* Mihi negativa solidior videtur, ex ratione, quoniam, quemadmodum non ex multitudine A. A. est concludendum juxta assertum Justiniani in L. 1. §. *sed neque Cod.* 8

de

de veter. jur. enucl. in verb. *non ex multitudine Auctorum, quod melius & æquius, judicatote, cùm possit unius alicujus, forsitan & deterioris, sententia & multos & majores in parte aliqua superare:* Ita Legibus, & non exemplis est judicandum. *L. nemo Cod. de sentent. & re judicat.* Ratio ulterior est partim, cùm illa præ cæteris sit amplectenda sententia, quæ solidiori & subtiliori nititur ratione, *Cap. Capellanus 4. prope fin. Extr. de fer.* partim verò, cùm hodie DD. Auctoritates sint tantùm probabiles, & judicantem non aliter obligantes, quàm quatenùs legibus sunt conformes, *Gloss. in L. 1. ff. de LL.* Menoch *consil. 52.* Hartprecht *in princ. Instit. de oblig. quæ ex quasi delict. nascunt. n. 11.* Summa enim Judicis obligatio in eo fundatur, ut non aliter judicet, quàm *Legibus, & constitutionibus, & moribus proditum est, per text. in princ. Instit. de offic. Judic.* Corroboratur hæc assertio ulteriùs ex *Can. 4. Caus. 3. quæst. 7.* & verbis S. Ambrosij, asserentis: *Bonus Judex nihil ex arbitriò suô, & domesticæ proposito voluntatis, sed juxta leges & jura pronuntiat, statutis Juris obtemperat, non indulget propriæ voluntati, nihil paratum & meditatum domò defert, sed sicut audit, ita judicat, &, sicut se habet negotij natura, decernit, obsequitur legibus, non adversatur, examinat causæ merita, non mutat. Discite Judices sæculi, quem in Judicando tenere debeatis affectum, quam sobrietatem, quam synceritatem. &c.*

Tertium est dubium, utrùm Judex vel alius Administer sequendô pravum & noxium consilium litem faciat suam? Affirmant relati ab Hartprecht *in princ. Instit. de offic. Judic. n. 47.* Rationémque dant, quoniam Judex Consilium diligentiùs expendere, & accuratiùs illud dispicere, atque explorare debuisset, utrùm sibi expediat illud sequi, vel non, quæ disquisitio si omissa sit, culpam haud dubiè contrahit L. 2. *ff. mandat.* Vide Nicol. Myllerum ab Ehrnbach *in sæpè cit. Hyparcholog. cap. 20. §. 20. & seq.* Ubi hanc materiam prolixiùs persequitur. Qualiter verò vindicetur crimen corruptionis, qualísque sit statuta pœna contra Judicem, per sordes causam decidentem, supra *ad Judic. leg. Jul. Repetund.* sufficienter pro meo propositô est assertum. 9

Quòd si Magistratus, Judex, vel alius Officialis, authoritate vel fiduciâ officij nixus, contra subditum, vel etiam tertium quendam virum honestum & præstantem, ad instantiam partis adversæ absque præviâ causæ cognitione arrestum decreverit, aut verbîs injuriosîs & scandalosîs, vel alijs manuum gesticulationibus & motibus eum 10

lacessiverit, actione injuriarum conveniri potest, per text. apert. *in L. nec Magistratibus ff. de injur.* videantur relati à Brunnem. *in dict. L.* addatur Berlich. *pract. conclus. part. 4. conclus. 59. à. n.* 118. imò gravior dictanda est pœna, si prætextu & fiduciâ officij, quod obtinet, aliquem verberaverit, Prætor enim violentas manus subditis haud inferri, sed ab eis tanquam à peste abstineri jubet. Vide post alios à se citatos Nicolaum Myllerum ab Ehrnbach *cit. tract. cap. 11. §. 32.*

INDEX

Rerum & Verborum, quæ in hoc opere continentur.

A.

ACTio variè accipitur. f. 2. num. 1.
Ejus definitio. f. 3. n. 5.
Actiones quo jure introductæ sint. f. 8. n. 18.
Mixtæ an dentur. f. 19. n. 7.
Nativæ quæ sint. f. 22. n. 14.
Directæ quænam sint. f. 24. n. 15.
Actio Prætoria quæ sit. f. 25. n. 2.
Actionibus Prætoriis annumerantur Ædilitiæ. f. 26. n. 5.
Actiones pœnales quæ sint. f. 29. n. 3.
Actiones stricti juris quæ. f. 43. n. 6.
Actio personalis ex testamento an sit bonæ fidei. fol. 55. n. 3.
Funeraria an sit bonæ fidei. f. 55. n. 4.
Actiones arbitrariæ quæ. f. 58. n. 3.
Actio de Albo corrupto explicatur. f. 47. à n. 1.
Ex Edicto, quod quisque Juris &c. *exponitur. f. 76. à n. 1.*
Ex Edicto, si *quis* jus dicenti non obtemperav. *explanatur. f. 80. n. 1.*
Actio ex Edicto, ne quis eum, qui in jûs vocat. &c. *Explicatur. f. 84. n. 2.*
De Calumniatoribus describitur. f. 102. n. 2.
Quibus detur, & contra quos. f. eod. n. 3. & 4.
Actionis quod metûs causâ quæ sint requisita. f. 105. n. 2.
Actio quod metûs causâ post annum competit in simplum. f. 107. n. 8.
Absentia quotuplex sit. f. 126. n. 3.
Actio de alienat. Judic. mutand. caus. factâ qualis sit. f. 130. n. 4.
An habeat locum in actionibus in rem scriptis. f. 131. n. 7.

Aurigæ an Actione de recepto teneantur. f. 136. n. 8.

Actio de effuso quid sit. f. 203. n. 2.

Quale sit ejus objectum. f. 204 n. 3.

Qualiter detur contra plures inhabitatores. f. 205. n. 7.

Actio de suspenso qualis sit, & cui detur. f. 206. n. 1. & 2.

Actio ad exhibendum definitur. f. 224. n. 1.

Ejus objectum monstratur. f. 225. n. 6.

Alea quotuplici modo accipiatur. f. 230. n. 1.

Actio de eo, quod certo locô, &c. delineatur. f. 281. n. 3.

In quo locô moveri possit f. eod. n. 4.

Quibus & contra quos detur f. 283. à n. 10.

An detur contra fidejussorem. f. 284. n. 13.

Actio de constitutâ pecuniâ quomodo differat à receptitiâ. f. 285. n. 1.

Actio de peculio definitur. f. 311. n. 1.

Quibus, & contra quos detur: f. 312. n. 3.

Quamdiu duret. f. 313. n. 7.

Actio de in rem verso quando detur. f. 314. n. 1.

Quibus, & adversùs quos detur. f. 314. n. 2.

An ea parentes conveniri possint ob debita à studiosis contracta. f. 316. n. 3.

Actio quod jussu definitur. f. 316. n. 1.

Ejus subjectum & objectum annotatur. f. 317. à n. 2.

Actio pro socio describitur. f. 332. n. 1.

Subjectum ejus activum & passivum. f. eod. à n. 1.

Non datur ad distrahendam Societatem. f. 334. n. 4.

Actiones in factum deducantur. f. 362. n. 1. & 2.

Quomodo differant ab actione præscriptis verbis. f. 363. n. 5.

An in rem actiones dici possint. f. 364. n. 7.

Actio in factum specialis quando habeat locum. f. 366. n. 1.

Actio Ædilitia quid sit. f. 378. n. 1.

Quotuplex sit. f. eod. n. 2.

Quibus, & contra quos detur. f. 380. à n. 6.

Quamdiu duret. f. 382. n. 10.

Actio ex stipulatu pro dote petenda definitur. f. 391. n. 2.

An sit bonæ fidei, vel stricti Juris. f. 392. n. 3.

An detur adversûs patrem, qui nullam promisit dotem. f. 394 n. 7. Actionis ex stipulatu pro dote repetenda quæ sint privilegia. f. 396. à n. 3.

Quid si Maritus sit minor. f. 403. n. 17.

Act-

Actio de rationibus distrahendis deflnitur. f. 419. *n.* 2.
An consumat actionem tutelæ. f. 420. *n.* 6.
An absorbeat actionem furti. f. 421. *n.* 7.
Actio Personalis ex testamento describitur. f. 432. *n.* 1.
Quibus, & contra quos detur. f. 432. *n.* 3.
Actio *de aquâ & aquâ pluviâ arcendâ exponitur.* f. 443. *n.* 1.
Ejus requisita. f. eod. n. 3.
Cui & adversùs quem detur. tur. f. 444. *n.* 4.
Actio *de confesso deducitur. f.* 464. *n. 2. & 3.*
Arborum *furtim cæsarum actio definitur.* f. 620. *n.* 1.
Cui, & adversùs quem detur. f. eod. à n. 2.
Abigei *qui sint.* f. 657. *n.* 1.
Quales ijs de Jure antiquò præstitutæ pœnæ. f. 658. *n.* 3.
Qualis de Jure novo. f. 659. *n.* 6.
Adulterium *quid sit, & unde dicatur.* f. 703. *n.* 1.
Quotuplex sit. f. eod. n. 2.
Ejus forma in quo solidetur. f. 704. *n.* 3.
An *committatur in sponsam. f. eod. n.* 4.
Ejus pœna quæ olim fuerit. f. 705. *n.* 7.
Quæ fuerit pœna ex Constitutione Constantini. f. eod. n. 8.
Quæ de Jure novo. f. 706. *n.* 9.
Ejus accusationem quis movere possit. f. eod. n. 11.
Pœna Civilis quibus casibus cesset. f. 707. *n.* 13.
A*ssassinium quid sit.* f. 730. *n.* 31.
Ejus forma in quo consistat. f. 731. *n.* 33.
Quæ sit pœna de Jure Civili. f. 731. *n.* 34.
A*nnonæ nomine quid veniat.* f. 746. *n.* 1.
Ejus defraudatæ crimen quâ lege vindicetur. f. 746. *n.* 2.
Ejus pœna quæ sit. f. 747. *n.* 3.
A*mbitûs crimen unde dictum.* f. 752. *n.* 1.
Quomodo committatur. f. eod. n. 2.
Quæ sit ejus pœna. f. eod. n. 4.
A*bolitio quid.* f. 756. *n.* 6.
Quotuplex sit. f. 756. *n.* 7.
In quibus casibus obtinere possit. f. 757. *n.* 9.
Legtima quomodo inducatur. f. 758. *n.* 11.

B.

Bona fides *quotuplici modo accipitur.* f. 41. *n.* 1.
Bonæ fidei actiones quænam sint. f. 42. *n.* 5.
Beneficium Competentiæ quid sit, & quibus detur. f. 64. *à n.* 3.
A*n detur militibus togatis.* f. 68. *n.* 12.

C.

Causa Actionum quotuplex sit. f. 9. n: 1.
Quæ in libello exprimenda. f. 10. n: 3.
Compensatio quid sit. f. 64. n: 2.
Capitis diminutio quomodo definiatur. f. 123. n: 1.
Ad quas obligationes pertineat. f. 124. n: 3.
Caupones delineantur. f. 134. n: 2.
Confessoria Actio delineatur. f. 186. n: 1.
Ejus subjectũ describitur f. 187. n: 3:
Ejus objectum describitur. f. 188. n: 7.
Communio quotuplex sit. f. 220. n: 1:
Communi dividundo actio cui, & adversùs quos detur. f. 221. n: 4.
Conventio de non facienda divisione an valeat. f. 223. n: 8.
Condictio de Aleatoribus varia habet singularia. f. 231. n: 6.
Condictio certi ex Mutuo qualis sit Actio. f. 241. n: 1.
Quibus, & contra quos detur. f. 242. à n: 3.
Condictio causâ dati, causâ non secutâ. f. 253. n: 2.
Recensentur ejus requisita. f. 245. n: 3.
An habeat locum in contractibus nominatis. f. 254. n: 4.
Condictio ob turpem causam qualis sit actio. f: 258. n. 2.
Annotantur ejus requisita. f. eod. n: 3.
Quales habeat regulas. f. 258. à n: 4.
Condictio indebiti qualis sit actio. f. 262. n: 1.
Ad eam quæ requirantur. f. 263. n: 3.
Qualis error requiratur. f. 265. n: 9.
Condictio sine causâ quando habeat locum f. 269. n: 3.
Condictio furtiva describitur. f. 270 n: 1.
Quæ sit ejus causa remota. f. 270. n: 3.
In quo differat à rei vindicatione. f. 271. n: 5.
An detur contra hæredes in solidum: f. 273. n. 10.
Annotatur ejus objectum. f. 275. n: 14.
Condictio ex lege definitur. f. 277. n: 1.
Quæ dicantur leges antiquæ, quæ novæ: f. 277. n. 1.
Condictio Triticaria annotatur. f. 278. n: 1.
Ostenditur ejus natura. f. 279. n: 2.
Constitutum quid sit. f. 285. n. 2.
Constitui quæ res possint. f. 286. n: 4.
Commodati actio describitur. f. 288. n: 1.
Cui, & adversùs quos detur. f. eod. n. 2.

Cu-

Cujus temporis in eâ æstimatio attendatur. f. 289. *n*: 5.
Commodati Actio contraria ad quid detur. f. 291. *n*: 2.
An in ea habeat locum compensatio. *f. eod. n*: 3.
Conducti Actio quid sit. f. 341. *n*: 1.
Cui & adversùs quem detur. f. *eod. à n*: 2.
Conductori rn remittenda sit pensio: f. 342. *à n*: 4.
Quales expensæ refundendæ. f. 343. *n*: 8.
Contractus innominatus describitur. f. 350. *n*: 1.
Quot sint ejus articuli. f. 351. *n*: 2.
Do, ut des an differat à permutatione: f. *eod. à n*: 3.
Ejus articuli exponuntur. f. 353. *à n*: 7.
Ad eos quæ referantur. f. 354. *à n*: 10.
Contractus æstimatorius quid sit. f. 355. *n*: 13.
In contractu iñominato cujus sit periculum. f. 355. *n*. 14.
Calvisiana Actio explicatur. f. 439. *à n*: 1.
Concussio quid sit, & quibus modis. f. 656. *n*: 1.
Collegium quid sit. f. 680. *n*: 1.
Quomodo devidatur. f. 681. *n*: 2.
Illiciti institutio refertur ad crimina extraordinaria f. 681. *n*. 5.

D.

Debetur *quid significet.* f. 4. *n*: 10.
Differentia inter officium Judicis & actionem: f. 7. *n*: 17.
Divisio actionis prima: f. 16. *n*: 1.
Differentiæ inter actionem realem & personalem: f. 17. *à n*: 2.
Divisio actionis secunda. f. 25. *n*: 1.
Differentiæ inter actiones Civiles & prætorias: f. 26. *n*: 6.
Divisio actionum tertia. f. 28. *n*: 1.
Differentiæ inter actiones pœnales & rei persecutorias. f. 30. *n*: 5.
Divisio actionum quarta. f. 38. *n*: 1.
Divisio actionum quinta. f. 41. *n*: 1.
Dolus dans causam contractui an illum annullet. f. 44: *n*: 9.
Differentiæ inter actiones bonæ fidei & stricti Juris quæ. f. 47. *à n*: 20. *An illæ sint sublatæ de Jure Canonico.* f. 52. *n*: 31.
Divisio actionum sexta: f. 58. *n*: 1.
Differentiæ inter actiones arbitrarias & bonæ fidei. f. 61. *n*: 9.
Divisio actionum septima. f. 63. *n*: 1.
Dolus quid sit. f. 108. *n*. 1.
Doli actio an sit in rem scripta. f. 109. *n*: 4.
Utrùm concurrat cum alijs actionibus. f. 111. *n*: 8.

Dam-

Damnum quibus modis ab animalibus detur. f. 193. *n.* 1.
Quibus modis reparetur. f. 199. *n.* 3. & 4.
Ob damnum ab animali datum an liceat illud includere. f. 194. *n.* 3.
Depositi Actio delineatur. f. 320. *n.* 1.
Quibus competat. f. 320. *n.* 2.
Adversùs quos detur. f. 321. *n.* 5.
Depositarius quibus casibus teneatur de culpa levi. f. 322. *n.* 7.
Depositi actio qualia habeat privilegia. f. 323. *n.* 9.
An ei opponi possit jus retentionis. f. 323. *n.* 10.
Quando sit Prætoria. f. 324. *n.* 11.
Contraria qualis sit. f. 325. *n.* 1.
Quomodo differat à directa. f. eod. *n.* 2.
Damni infecti actio deducitur. f. 443. *n.* 2.
Donatio quâ actione petatur. f. 447. *n.* 1.
Ob quas causas revocetur. f. 449. *n.* 3.
An àb hæredibus donantis revocari possit. f. eod. *n.* 5.
An à donatarij hæredibus. f. 450. *n.* 8.

E.

Edere *quid sit.* f. 89. *n.* 2.
Quis teneatur. f. 89. *n.* 3.
Editionē actionum inter & Instrumentorum quæ sit differentia. f. 89. *n.* 2.
Emphyteusis an sit Juris gentium. f. 138. *n.* 1.
In quo differat à cæteris contractibus. f. 184. *n.* 2.
An sit bonæ fidei, vel stricti juris. f. 185. *n.* 4.
An ex ea oriatur nominata actio. f. 185. *n.* 5.
Exercitor quis dicatur. f. 298. *n.* 2.
Exercitoria actio qualis sit. f. 299. *n.* 3.
Ejus requisita deducuntur. f. 299. *n.* 4.
An contra plures detur in solidum. f. 300. *n.* 7.
Ex Empto actionis subjectum & natura annotatur. f. 335. *à n.* 1.
An detur in casu L: 2. Cod: de rescind: vendit: f. 337. *n.* 5.
Evictio quid sit. f. 385. *n.* 2.
Ad eam quæ requirantur. f. 386. *n.* 3. & 4.
Evictionis actio describitur: f. 387. *n* 6.
De Evictione an teneatur Procurator. f. 388. *n:* 9.
An Creditor, vendens pignus: f. 389. *n.* 10.
Exceptio non numeratæ dotis quamdiu opponi possit: f. 403. *n:* 16.
Quamdiu possit objici à creditoribus: f. 404. *n.* 18.
Edictum, si quis omissâ caus: testam. &c. describitur. f. 428. *n.* 1.

Ex illo quæ oriatur Actio. f. 429. n: 2.

Ejusdem annotatur subjectum. f. 429. n. 3.

Effractores qui sint. f. 667. n: 1.

Qualiter puniantur. f. 668. n: 3.

Expilatores quinam sint. f. 668. n: 5.

Expilatæ hæreditatis crimen quid sit. f. 669. n: 1.

Quomodo, & à quibus committatur. f. eod. n. 2.

Quæ remedia pro hoc crimine coercendo dentur. f. 620. n: 3.

Quali *pœna hodie afficiatur.* f. 671. n: 8.

F.

Finium regundorum actio quid sit, & queis competat. f. 211. n: 2.

Fines quomodo reparentur. f. 213. n: 8.

Familia quotuplici modo accipiatur. f. 215. n. 1.

Familiæ herciscundæ actio quibus, & adversùs quos detur. f. 215. à n. 2.

Quas *res persequatur.* f. 216. n. 7.

Quamdiu *duret.* f. 219. n. 11.

Funeraria actio describitur. f. 237. n. 1.

Cui & adversùs quem detur. f. 238. n: 3.

Annotatur ejus objectum. f. eod. n. 5.

Falsus Tutor describitur. f. 423. n. 1.

Quô remediô conveniatur. f. 424. n: 2.

Faviana actio deducitur. f. 438. à n: 1.

Furtum unde dictum. f. 596. n. 1.

Non fit nisi animô furandi. f. 597. n. 2.

Possessionis & usûs quomodo fiat. f. 599. n. 8.

Aliud est manifestum, aliud nec manifestum. f. 601. n. 13.

Aliud *est primum, & aliud iteratum.* f. 607. n: 28.

Furti actio cui detur. f. 601. n: 14.

An detur. bonæ fidei possessori. f. 603. n: 18:

Utrùm competat depositario. f. 604. n: 24.

Ad*versùs quem detur.* f. 605 n. 22.

An detur ad rem minimam. f. eod. n: 24.

Ex furto in navi, stabulô commisso datur actio adversùs Exercitorem, stabularium. f. 617 n. 3.

Quomodo differat ab actione de recepto. f. 616. n: 2.

Furtum à pluribus servis quomodo puniatur. f. 615. n. 2.

Falsum unde dicatur. f. 737. n. 1.

Ad *crimen falsi quæ requirantur.* f. eod. à n. 2.

Committitur aut in persona, aut in re, aut in negotijs. f. 738. n. 4.
Committentis falsum in testamento quæ pœna. f. 539. n. 7.
Quando abusu perpetretur. f. 740. n. 9.
Quando verbis, vel factis. f. eod. à n. 10.
Criminis falsi quæ sit pœna. f. 741. n. 13.

H.

Hypothecaria Actio quid sit. f. 373. n: 1.
Quibus, & adversùs quos detur. f. eod. à. n: 2.
Quamdiu duret. f. 375. n: 7.
Homicidium quid sit. f. 719. n: 1. & 2.
Quotuplex sit. f. 720. n: 3.
Ejus pœna. f. eod. n: 4.
An qui voluit occidere Cajum, si occidat Mævium pœnam ordinariam incurat. f. 723. n: 12.
An discrimen sit faciendum inter personas occidentes. f. 724. n: 14.
Culposum quale sit. f. 725. n: 15.
Quid casuale. f. 726. n: 18.
Quid denique necessarium. f. 726. n. 20.

I.

Judicium mutare quid sit. f. 129. n: 1.
Jurisjurandi actio quid sit. f. 150. n. 2.
Ex quo juramentô nascatur. f. 150 n. 3.
An sit distincta à priori. f. 251. n: 5.
Quibus & adversùs quos detur. f. 252. à n: 9.
Indebitum quotuplex sit. f. 263. n: 5.
Institor quis, & quotuplex sit. f. 305. n: 1.
Institores à quibus præfici possunt. f. 305. n: 2.
An finitó officiô teneantur. f. 307. n: 6.
Institoria Actio definitur. f. 306. n. 3.
Quibus, & adversùs quos detur. f. 306. n: 4.
Institutoria & restitutoria Actio exponitur. f. 318. n. 1. & 2.
Quando habeant locum. f. 319. n: 3.
Quibus, & adversùs quos competant. f. eod. n: 4.
Jus prælationis an habeat locum tantùm in dote an etiam in reliquis bonis Uxoris. f. 399. n: 9.
An possit alteri cedi. f. 401. n: 10.
Interdicta unde deriventur. f. 482. n: 1.
Quomodo dividantur. f. eod. n: 2.
Interdictum quorum bonorum quibus, & contra quos competat. f. 484. n: 5.
Quales exceptiones admittat. f. 485. n: 8.

Quo.

Quomodo differat à petitione hæreditatis f. 486. *n*: 8.
Interdictum quod Legatorum dilucidatur. f. 491. *n*: 1.
An detur adversùs institutum in re certâ. f. 493. *n*: 5.
An detur contra tertium. f. eod. *n*: 6.
Interdictum, ne vis fiat ei, qui in possess. &c. deducitur. f. 496. à *n*: 1.
Ejus subjectum. f. eod. *n*: 3.
Interdictum de tabulis exhibendis exponitur. f. 498. *n*:2.
Quomodo differat ab actione ad exhibendum. f. 499. *n*.3.
Quibus casibus esset. f: 501. *n*: 7.
Interdictum ne quid in loc. sacr. &c: explanatur. f. 502. à *n*: 1.
Interdictum de locis & itin. public. subÿcitur. f. 504. *n*: 1.
Cui & adversùs quem detur. f. eod. *n*. 4.
Plura huic remedia annectuntur, videlicet Interdictum de loc. publ. f. 508. *n*: 1. *de viâ publ.* f. 509. *n*. 1. *& de fluminibus.* f. 512. *n*: 4. *de ripâ muniendâ.* f. 516. *n*: 1.
Interdictum unde vi dilucidatur. f. 518. *n*: 1.
Ejus apponuntur requisita. f. eod. *n*. 2.
Annotàtur ejus subjectum. f. eod. *n*:3.
An detur prædoni. f. 519. *n*: 4.
An naturaliter possidenti. f. 520. *n*: 5.
Datur contra Judicem, absque causæ cognitione procedentem. f. 521. *n*: 13.
Interdictum uti possidetis quotuplex sit. f. 530. *n*: 1.
Quibus, & adversùs quos detur. f. 531. à *n*: 3.
Interdicti de itin. actúque privat. quæ sint requisita. f. 533. *n*: 1.
Quibus, & contra & competat. f. eod. *n*: 2.
Interdictum de aq. quotid. & æstiv. quando detur. f. 535. *n*. 1.
Interdicta de rivis, de fonte, de Cloacis exponuntur. f. 537. f. 538. & 539.
Interdictum quod vi aut clam, & ejus requisita recensentur. f. 540. *n*: 1.
Quibus, & adversùs quem detur. f. 541. à *n*. 2.
Interdictum de precario quando habeat locum. f. 543. *n*. 1.
Interdictum de arbor. cædend. quando locum habeat. f. 547. *n*: 1.
Enarrantur ejus requisita. f. 547. *n*: 3.
Interdictum de liber. hom. exhib. quid sit, & quæ ejus requisita f. 549. *n*: 1.
Quibus casibus cesset. f. 550. *n*: 6.
Interdictum de Liberis exhibend. deducitur. f. 551. à *n*. 2.

Interdictum de Utrubi explicatur. f. 553. *à n*:1.

De migrando. f. 554.*n*:1.

Interdictum Salvianum quid sit. f. 556. *n*: 1.

Quomodo differat ab actione Serviana. f. eod. n. 3.

An detur extra causam locationis. f. 557.*n*:5.

Quibus casibus cesset. f. 558. *n.* 7.

Injuria quotuplici modo accipiatur. f. 630. *n*: 1.

Dividitur in realem, & verbalem. f. 632. *n.* 3.

Verbalis varijs fit modis. f. 633. *n*:4.

An fiat excipiendo contra testes. f. 634 *n*:7.

Patimur injuriam etiam per liberos nostros. f. 637. *n*: 15.

Item per personas affectui nostro subjectas. f. 638.*n*.17.

*Actio injuriarum, quid, & quotuplex. f.*637.*n*.13.

*Ejus varium objectum. f.*742. *n.* 26.

Incestus quid sit, & quæ ejus pœna. f.711.*n*: 22.

Inter ascendentes & descentes commissus quomodo puniatur f. 711. *n.* 3.

Quomodo inter collaterales, f. 712. *n.* 25.

L.

L. 1. ff. de O. & A. *Explicatur. f.* 9. *n.* 2.

Libellum quid sit. f. 10. *n.* 4.

Obscurus an sit admittendus. f. 12. *n.* 9.

An alternativus. f. 12. *n.* 10.

An possit mutari post litis contestationem. f. 15. *n.* 14.

An plures actiones in eo cumulari possint. f. 14. *n*:12.

L. 3. §. 5. ff. quod quisque jur. &c. *Exponitur.* f. 31. *n*:7.

L. 3. §. fin. ff. de Calum. *Exponitur. f.* 39. *n.* 5.

L. fin. Cod. de his, qui à non Domin: manum: f. 39. *n.* 6.

L. penult: Cod: de serv: fugit. *Explanatur. f.* 39. *n.* 7.

L. 1. Cod: de dol: mal. *explicatur. f.* 111. *n*: 9.

L. 19. ff: de dol: mal: & L. 95. §. 1. ff: de solut. *conciliantur. f.* 111. *n.* 10.

L. 5. §. 13. & L. 15. ff: de præscript: verb: *combinantur. f.* 112. *n*: 11.

Lex Aquilia quot habeat capita. f. 197 *n.* 1.

Ejus Actio cui detur. f. 197. *n*: 4.

An adversùs illum detur, qui levissimâ culpâ damnum dedit, quam natura contractûs remisit. 199. *n.* 9.

An persequatur damnũ culpâ omissionis datum. f. 200. *n.* 13.

In hæredes non transit. f. 201. *n.* 6.

L. 11. §. 3. & L. 51. ff. de L. Aquil. *conciliantur. f.* 202. *n.* 19.

L. si constiterit. Cod: fin: regund. *explicatur. f.*214. *n.* 9.

L.

L. Lex Agraria ff: de term. mot. *delucidatur. f. eod. n. 10.*

Lusus quid, & quotuplex sit. f. *230. n: 3.*

Locus religiosus quomodo olim fiebat. f. *234. n:* 1.

Locati Actio quid sit. f. 346. *n: 1.*

Cui, & adversùs quem detur. f. eod. à n. 2.

Quid persequatur. f. 346. à n: 2.

Locator quibus casibus possit expellere conductorem. f. 347. *n.* 4.

L. 28. Cod. de Sacros: Eccles: *Exponitur. f. 434. n. 9.*

Lenocinium quibus modis perpetratur. f. 708. n: 14.

Latrocinium quid sit. f. 728. n: 26.

Ejus pœna quæ sit. f. 729. n: 28.

L. 20. Cod: de pœn: *Exponitur, cum pulchra annotatione. f. 775. n: 5.*

M.

Mensor quis sit. f. 233. à n. 1.

Quâ actione conveniatur. f. 233. n. 2.

Magister an depositô officiô conveniri possit. f. *301. n. 9.*

Mandati Actio definitur. f. 326. *n. 1.*

Subjectum ejus annotatur. f. eod. à n. 2.

Mandatarius an habeat actionem negotiorum gestorum, si fines mandati excessit. f. 328. n. 4.

Adstruitur objectum. f. 329. n. 7.

Mandati Actio contraria subjicitur. f. 330. n: 1.

Quô casu infamet. f. 332. n. 3.

Magistratus quâ Actione conveniatur ex tutela. f. *425. n: 1.*

Quibus casibus possit conveniri. f. 426: *n:* 4.

An Magistratûs fidejussores teneatur actione subsidiariâ. f. 427. *n.* 6.

Majestas quid sit. f. *689 n.* 1.

Ejus læsæ crimen describitur. f. eod. à n. 2.

Quotuplex illud sit. f. 690. n. 3.

à Quibus perpetretur. f. 692. *n. 6. & 7.*

An à Clericis. f. 692. *n.* 10.

An à Communitate committatur. f. eod. n: 11.

An in statu Imperij committatur. f. 694. *à n.* 15.

An in Regem Romanorum. f. eod. n. 17.

An in Augustam. f. 695. n. 18.

An in eo confiscentur bona. f. 700. *n.* 32.

Species criminis læsæ Majestatis Divinæ recensentur. f. 700. à n. 33.

Moderaminis inculpatæ tutelæ quot sint partes. f. 727. *n.* 21. *& 22.*

N.

Negotiorum gestorum actio an sit

Prætoria vel Civilis. f. 95. *n.* 1.
quibus & adversùs quos detur. *f. eod. n.* 2.
Negotiorum gestor an teneatur de non gestis. f. 97. *n.* 6.
Negotiorum gestorum actio contraria quibus casibus cesset. f. 100. *n:*6.
Nautæ describuntur. f. 134. *n:*1.
Negatoria Actio definitur. f. 189. *n.* 1.
Differentiæ assignantur inter actiones reales, quæ dantur pro rebus corporalibus & incorporalibus. f. 190. *n:* 3.
Textus in §. æquè Instit. de Action: *expponitur.* f. 191. *n.* 5.
Noxa quotuplici modo accipiatur. *f.* 208. *n.* 1.
Noxales Actiones quales sint. *f.* 208. *n.* 3.
Novi operis nuntiatio exponitur. f. 440. *n.* 1.
Quæ exinde nascatur Actio. *f. eod. n:* 2.

O.

Officium Judicis nobile quid contineat. f. 6. *n.* 15.
Oneris aversi Acttio quid sit, & quando habeat locum. f. 348. *n.* 1. & 2.

P.

Persequi quid denotet. f. 3. *n:* 7.
Personæ, quæ in jus vocari non possunt, recensentur. f. 83. *n.* 2.
Pactum nudum an producat actionem de Jure Canonico. f. 93 *n,* 5.
Petitio hæredttatis qualis sit Actio, f. 159. *n.* 2.
Pro possessore quis possidere dicatur. f. 161. *n.* 8.
Quæ sint hujus actionis requisita. f. 164. *n.* 13.
An competat pro feudo. f. 164. *n.* 14.
Dividitur in bonorum possessoriam & fideicommissariam. f. *168. n. 18.*
Publiciana Actio quid sit. f. 176. *n.* 1.
Quæ ad eam requirantur: f. *177. n.* 2.
An detur illi, cui aliàs absque traditione acquiritur dominium. f. 178. *n:*4.
An detur contra illum, qui titulum habet à fure. f. 180. *n:*9.
An contra illum, quis possidet titulo pro hærede. f. 180. *n:* 11.
Quibus casibus applicetur Domino. f. 182. *n.* 14.
Pignoratitia actio quid sit: f. 293. *n.* 1.
*Quando nascatur: f. eod. n,*2.
An persequatur hypothecam: f. 294. *n* 5.
An illi præscribi possit: f. 295. *n.* 7.
Pignoratitia actio contraria quando habeat locum. f. 296. *n.* 2.
Quales expensas persequatur, f. eod: *n:* 3.

Præ-

Præscriptis verbis actio definitur. f. 357. n. 16.
An sit bonæ fidei. f. eod. n. 17.
Ejus subjectum activum & passivum: f. 358. n: 18.
An habeat locum in transactione: f. 360. n: 23.
An detur pro re precariò datâ: f: eod: n. 24.
Pactum Antichreseos quid sit: f. 376. n. 1.
An sit licitum: f. 376. n: 2.
Quotuplex sit: f. 377. n. 3.
Protutelæ actio quomodo differat ab actione tutelæ. f. 422. n. 1.
Annotatur ejus subjectum: f: eod: n: 3.
Publicani qua actione teneantur. f. 446. à n. 1.
Præjudicium quotuplici modo accipiatur: f. 451. n. 1.
Præjudiciales actiones quæ dicantur: f. 452. n: 2.
Quomodo ab alijs differant. f. 453. n. 5.
An possint dici personales. f. 454. n: 8,
Præjudicialis prima deducitur: f. 456. n. 1.
Quando directa habeat locum: f. 457. n. 4.
Quibus detur utilis: f. 458. n. 5.
Præjudicialis actio de ingenuitate deducitur: f. 459. n. 1.
Item Actio de partu agnoscendo. f. 460. à n. 1.
Pauliana Actio an sit personalis, vel realis: f. 473. à n. 2.
An detur Creditoribus futuris: f. 477. n. 9.
An hypothecarijs: f. eod: n. 10.
An contra ipsum debitorem: f. 478. n. 12.
Ejus requisita. f. 480. n. 15.
Quamdiu duret. f. 481. n. 16.
Precarium an sit contractus: f. 544. n. 4.
Quomodo differat à commodato. f. 545. n. 7.
Quomodo dividatur. f: eod: n. 8.
Prævaricatio quotuplici modo accipiatur. f. 660. n. 1.
Ejus crimen quotuplex sit. f. 661. n. 3.
Ab Advocato causam perfidè orante committitur. f. eod. n. 4.
Quomodo coerceatur f. 662. n. 8.
Populares actiones quæ dicantur. f: 683. n: 1.
Earum divisio: f. eod. n. 2.
Quæ habeant specialia: f. 685. n: 4.
Ad quem pœna spectet. f: eod: n: 6.
Polygamia quid sit, & quæ ejus pœna:. f. 708. n: 16.
Parricidium quid sit. f. 733. n. 1.
In parentes commissi pœna f: eod: n: 2.
In descendentes commissi pœna: f. 735. n: 5.

In Uxorem vel maritum commissi pœna: f. 736. *n*: 8.
In collaterales commissi pœna: f. 736. *n*: 9.
Peculatus unde dicatur: f. 747. *n*: 1.
Quibus modis fiat: *f*. 748. *n*: 1.
Quæ sit ejus pœna: f: *eod*: *n*: 4.
Plagium quid sit: f: 753. *n*: 1.
Qualiter perpetretur. f. *eod*: *n*: 2.
An patretur, quando pater famis necessitate filios vendit. f. 753. *n*: 3.
Quæ sit ejus pœna, f: 754. *n*: 4.

Q.

Querela inofficiosi testamenti an sit Actio: f. 141. *n*: 1.
Quibus detur: f. 142. *à n*: 5:
An competat fratribus: f. 143. *n*: 8.
An in ea habeat locum Edictum successorium: f. 144. *n*: 10.
Quatenùs transeat ad hæredes. f. 145. *n*: 12.
An per eam totum testamentum subvertatur. f. 145. *n*: 14.
Iis, quibus non competit, non prodest. f. 147. *n*: 18.
Quibus casibus cesset. f: 148. *n*: 21.
Querela inofficiosæ donationis describitur. f. 151. *n*: 1.
Quomodo conveniat & differat à querela inofficiosi testamenti. f. 152. *n*: 3.
Ejus subjectum. f. 153. *n*. 5.
Objectum ejus. f. 156. *n*. 11.
Quibus casibus cesset. f. 156. *n*: 15.
Querela inofficiosæ dotis quæ sit. f. 156. *n*: 1.
Quasi delictum describitur. f. 203. *n*: 1.
Querela non numeratæ pecuniæ quibus modis proponi possit: f: 245. *à n*: 2.
An habeat locum in litteris Cambialibus. f. 246. *n*: 5.
Quanti minoris actio describitur, f. 383. *n*. 1.
Ob quæ vitia detur. f: 384. *n*: 2.

R.

Restitutio in integrum definitur. f: 115. *n*: 2.
Quomodo differat à sublicatione, & reductione, revisione ac syndicatu. f. 116. *à n*: 5:
An detur hæredibus & fidejussoribus. f. 118. *n*: 12. & 13.
Rescissoria Actio *describitur*. f. 125. *n*: 1. & 2.
Rei vindicatio describitur: f: 169. *n*: 2.
An detur illi, qui post litis contestationem factus est Dominus: f: 171. *n*: 6.

An contra illum qui doló malò desiit possidere. f. 171. *n.* 8.
An adversùs illum, qui culpâ desiit possidere. f. 172. *n.* 10.
Remedium Legis Rhodiæ de jactu Exponitur. f. 302. *n.* 1.
Ejus requisita assignantur. *f.* eod. *n:* 2.
Quibus in casibus habeat locum. f. 303. *n:* 3.
Rerum amotarum Actio definitur. *f.* 406. *n.* 1.
Ejus requisita. f. 406. *n.* 2.
Subjectum activum & passivum. *f.* eod. *n.* 3.
Utilis quando habeat locum: f. 407. *n.* 6.
Rei judicatæ actio exponitur. f. 462. *n.* 1.
Ejus subjectum & objectum. f. 463. *à n.* 2.
Quales persequatur fructus. f. 464. *n.* 5.
Remedium L: fin: Cod: de Edict: D. Adriani tollend: describitur. *f.* 487. *n.* 1.
An detur illi, qui in re certâ est institutus. *f.* eod. *n:* 4.
Datur hæredis scripti successoribus. *f.* 488. *n.* 5.
Conceditur & substituto. f. 489 *n.* 7.
Remedium L: exstat ff. quòd metûs caus. deducitur. f. 525 *n.* 1.
An ejus pœna infligatur ipsô jure. *f.* eod. *n.* 3.
An obliget in conscientiâ. f. 526, *n.* 4.
An hodie sit abrogtum. f. eod. *n.* 5.
Remedium L. 6. Cod: unde vi explicatur. f. 527. *n.* 7.
Annectitur remedium Can: redintegranda: *f.* 528. *n:* 1.
An detur contra bonæ fidei possessorem. *f.* 528. *n:* 2.
Rapina quid sit. f. 623. *n:* 1.
Non committit, qui rem propriam violenter occupat: *f.* eod. *n:* 2.
Quotuplex sit: f. 626. *n:* 7.
Raptorum bonorum actio quid & cur introducta. *f:* eod. *n.* 8.
Cui, & adversùs quem detur. f. 627. *n:* 9.
An contra hæredes. *f:* eod: *n.* 12:
Recantatoria Actio quid sit. f. 644. *n.* 1.
Cui detur, & adversùs quem. f. 645. *à n.* 3.
Quale sit ejus objectum. f. 646. *n:* 8.
Receptator quis dicatur. f. 665. *n.* 1.
Qui cum delinquente conspirat, quâ pœnâ coerceatur. f. 664. *n:* 4.
Simplex variis pœnis coercetur. f. 665. *n:* 4.
Residui crimen quid sit. f. 751 *n:* 13.
Rei absentes quomodo citandi. *f.* 759. *n:* 1.
Quid, si citati intra terminum.

num præfixum moriantur. f. 760. n: 2.
Quid de moribus observandum. f. eod. n: 4.

S.

Stabularij definiuntur. f. 134. n. 2.
Sportulæ unde dictæ. f. 139. n: 1.
pro ijs qualis detur Actio. f: 140. n: 2.
Servi corrupti Actio qualis sit. f. 227. n. 2.
Cui & adversus quem detur. f. 228. n. 3.
Utilis cui detur. f. 228. n: 5.
Serviana Actio quid sit. f. 368. n: 1.
Pro quibus rebus sit introducta. f. 370. n: 3.
Quibus, & contra quos detur. f. 371. n: 4.
Suspecti Tutoris judicium unde deducatur. f. 411. n: 1.
Suspicionis quæ sint causæ. f. eod. n: 2.
Separatio quotuplex sit. f. 466. n: 1.
Separatio bonorum deducitur: f. 467. n: 2.
Ejus introductæ ratio. f. 467. n: 3.
Quibus concedatur. f. eod. n: 4.
An Legatarijs & fideicommissarijs. f. 468. n: 6.
An Creditoribus hypothecarijs f: 469. n: 7.
An Liberis pro legitimâ. f: eod. n. 8.
Utrùm Creditoribus hæredis. f. 471. n. 10.
Quibus casibus cesset. f. 472. à n: 14.
Stipulatio an sola sit causa verborum obligationis. f. 563. n: 1.
Quid sit. f. 564. n: 3.
Quotuplex sit: f. 568. n. 18.
An sit Juris gentium, vel Civilis: f. 565. n. 8.
Quæ res in eam deduci possint. f. 582. n. 56.
An res Sacra. f. eod. n. 57.
An res aliena. f. 585. n. 64.
An factum. f. 585. n. 66.
An impersonalis stipulatio valeat. f. 590. n. 76.
An liceat tertio stipulari. f. 591. n: 79.
An vitiet eam, adjectio turpis conditionis. f. 593. n. 82.
Quales ex stipulatione actiones nascantur. f. 593. n. 83.
Sepulchri violati pœna varia. f. 654. n: 7.
Actio quæ sit. f. 655. n: 10.
Stellionatus nomen est generale. f. 673. n: 1.
Unde dictum. f. eod. n: 2.
Ejus plura exempla adstruuntur. f. 674. n: 4.
Ejus extraordinaria persecutio cui competat. f. 675. n: 6.
An infamet. f. 676. n: 9.
Stuprum quid sit, & quæ ejus pœna. f. 709. à n: 17.

Utrùm stuprans consentientem ducere vel dotare debeat. f. 709. n: 18.

Stuprans tenetur stupratam dotare, etsi eum ducere noluit. f. 710. n: 20.

Sodomia quid sit, & quot modis committatur. f. 713. n. 27.

Sacrilegium quid, & quot modis fiat. f. 749. n: 6.

Quæ sit ejus pœna. f. eod. n: 9.

De jure hodierno est varia. f. 750. n. 10.

Syndicatûs crimen quomodo committatur. f. 773. n: 2.

An ille, qui Principis injustum exequitur mandatū, incidat in hoc crimen. f. 775. n: 3.

Utrùm is, qui recedit à communi opinione. f. 776. n. 8.

Utrùm sequens pravum consilium. f. 777. n: 10.

T.

Transactio quam actionem producat. f: 94. n. 1.

Tributoria Actio quæ sit. f. 308. n: 2.

Adversùs quem detur. f. 309. n: 4.

Ejus requisita. f. 310. n. 6.

Tutelæ actio directa delineatur. f. 413. n. 1.

Ejus subjectum activum & passivum. f. 414. à n. 3.

An detur contra patrem. f. eod. n. 5.

An Tutori contra Tutorem. f. 415. n: 6.

Tutelæ actio contraria an sit Prætoria. f. 416. n. 1.

Tigni actio quæ sit. f. 610. n. 1.

Cui detur. f. 611. n. 2.

An detur contra bonæ fidei possessorem f. eod. n. 3.

An detur adversùs tertium ædificij possessorem. f. 613. n: 5.

An detur ad duplum. f. eod. n: 6.

Termini quid sint. f. 677. n: 1.

Eorum divisiones. f: eod. à n: 2.

Terminum movere quid sit. f. 678. n. 4.

An actio de termino moto contra hæredes detur. f. 679. n: 7.

Tortura quotuplici modo accipiatur f. 161. n. 1.

Quid ad eam requiratur. f. 762. n: 2.

Quale debeat esse delictum. f. eod. à n: 5.

Requiritur, ut aliæ probationes deficiant. f. 765. n. 9.

Deposcuntur sufficientia indicia. f. eod. n: 10.

Torqueri quinam possint. f. 766. à n: 12.

Nequeunt valetudinarij. f. 767. n. 14.

Et Personæ dignitate fulgentes. f. eod. n: 15.

Fieri debet in præsentia assessorum. f. 770. *n.* 21.

Instrumenta torturæ recensentur. f. eod: à n. 22.

An possit repeti. f. 771. *n:* 27.

Effectus torturæ enumerantur. f. 772. *n.* 28.

V.

Violatores consuetudinis quâ actione conveniantur. f. 72. *n:* 1.

Violatores Legum quâ actione coerceantur. f. 73. *n.* 1.

Venditi actio definitur. f. 339. *n.* 1.

Ejus subjectum & objectum annotatur. f. 340. *à n.* 3.

Vis publica quid sit. f. 714. *n.* 1.

Ejus exempla recensentur. f. 715. *n.* 2.

quæ pœna à Jure Civili sit statuta. f. 715. *n.* 3.

Committitur in fracta pace. f. 716. *n* 5.

Quæ sint ejus species. f. eod. n: 6.

Veneficij crimen quid sit. f. 731. *n.* 35.

FINIS.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Verlohner, Lorenz Albert, / Graß, Thomas, / La Haye, Johann Andreas <<de>>

Tractatus Methodicus De Actionibus Forensibus Ad Utilitatem Discentium,
Juxta ordinem Pandectarum adornatus

Ingolstadii Anno 1716

4 J.pract. 210
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10511309-1
VD18 14745712